



مشروع تقنين الشريعة الإسلامية على مذهب

الإمام الأعظم أبي حنيفة (رضي الله عنه)

إعداد

اللجنة التحضيرية لتقنين الشريعة الإسلامية

بإشراف

مجمع البحوث الإسلامية

الطبعة التمهيدية

١٣٩٢ هـ - ١٩٧٢ م

قوله

تَبَيَّنَ لَنَا الْفَيْسَالُ الْبَيْنَةُ

بَيْنَهُمَا

هَذِهِ الْأَمْرُ (فَيْسَالُ الْبَيْنَةِ) الْفَيْسَالُ الْبَيْنَةُ

عَلَيْهِ

تَبَيَّنَ لَنَا الْفَيْسَالُ الْبَيْنَةُ الْفَيْسَالُ الْبَيْنَةُ

بَيْنَهُمَا

تَبَيَّنَ لَنَا الْفَيْسَالُ الْبَيْنَةُ الْفَيْسَالُ الْبَيْنَةُ

بَيْنَهُمَا الْفَيْسَالُ الْبَيْنَةُ

2761 - 2771

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

مقدمة

الأمانة العامة لمجمع البحوث الإسلامية

بقلم

فضيلة الدكتور محمد عبد الرحمن بصرى

الأمين العام للمجمع

يسر الأمانة العامة لمجمع البحوث الإسلامية أن تقدم هذه الطبعة التمهيدية من مشروع تقنين الشريعة الإسلامية على مذهب الإمام الأعظم أبى حنيفة (رضى الله عنه)

ومجمع البحوث الإسلامية اذ يقدم هذه الطبعة كخطوة على الطريق فى سبيل الوصول الى ابراز الشريعة الإسلامية فى صورتها الأصلية ، سهلة التناول ، صالحة للتطبيق فى هذا العصر ، يجد فيها المسئولون عن التشريع والقضاء فى البلاد الإسلامية المختلفة غنية عن اللجوء الى التشريعات والقوانين الوضعية ، وهم بصدد ارساء دعائم مجتمعهم ، على أسس من الحق والأصالة والعقيدة الصحيحة ...

يود أن يعرب عن تقديره لما تنطوى عليه هذه المهمة من دقة وجلال ، سواء من الناحية العلمية البحتة ، أو من الجانب الاجتماعى والتاريخى الذى تمر به الشعوب الإسلامية فى هذا العصر ...

لذلك فانه اذ يقدم هذه الطبعة التمهيدية كمشروع تحضيرى ، يؤكد أن الذين قاموا بإعدادها هم نخبة من كبار علماء الشريعة

الاسلامية بالأزهر ، وكبار رجال القانون ، ذوى الحرص الشديد على أن تأخذ الشريعة الاسلامية مكانتها الجديرة بها في حياتنا التشريعية والقانونية ، وأنهم قد بذلوا من الجهد - وما يزالون يبذلون - الكثير المحمود ، من أجل الخروج بهذا المشروع الى حياتنا العامة ، ليكون دليلا عمليا على صلاحية الشريعة الاسلامية للتطبيق في كل زمان ومكان ، ووثيقة يستعين بها المشرعون والمسؤولون في البلاد الاسلامية على تنفيذ ما جاء في دساتيرهم من أن تكون الشريعة الاسلامية مصدراً رئيسياً للقانون .

كما يؤكد أن البحث ما يزال جاريا للوصول بهذا المشروع الى درجة الكمال أو ما يقرب منه ، ولذا فإن المجمع يتقبل بكل ترحيب ما يبديه المتخصصون من اسهام بالرأى ، على أية صورة من صور هذا الاسهام ، وأن ذلك كله سوف يكون موضع الدرس المستفيض والبحث الدقيق ، والعناية الكاملة من أعضاء اللجنة العامة لتقنين الشريعة الاسلامية ، التي تقرر تأليفها من بين أعضاء مجمع البحوث الاسلامية ، ومن ينضم اليهم ، ممن اقروا الاستعانة بخبرتهم .

ولقد كان مما يثير العجب ، ويدعو للدهشة ، ويجز في نفوس كل مسلم غيور ، أن تلجأ الأمة الاسلامية ، وتستعين في أحكامها بقانون وضعى من وضع البشر ، ولو أن واضعه كان ينتمى الى أمتنا الاسلامية لهان الأمر ، لانه لا حالة كان يلجأ الى دستورها الاسلامى ليستنبط منه مواد ذلك القانون ، ولكن الحقيقة أن واضعه لا ينتمى للأمة الاسلامية ، ولا يدين لدينها .

وقد يظن البعض أو يعتقد أن الشريعة الاسلامية لا تلجأ بحاجيات العصر الذى ظهرت فيه معاملات جديدة لم تكن موجودة في العصر الاسلامى الأول . والواقع أن هؤلاء فى ظنهم مخطئون وعن

تاريخ أمتهم الإسلامية غافلون ، فلو تتبعوا تاريخ هذه الأمة على
مر العصور والأزمان من عصر الإسلام الأول الى أن تغفل الإسلام
في بلاد الفرس والروم ، وبعض بلاد أوروبا لتبين لهم كيف كانت
تحكم هذه البلاد بهذا الدين الإسلامي الحنيف .

لقد خاضت الشريعة الإسلامية ميدان التجربة بنجاح مئات
السنين في ظروف متفاوتة متباعدة وتجارب شديدة وخرجت ظافرة
بعد أن تفوقت في مختلف الأجواء والعصور والتقلبات ، فمن المؤكد
الذي لا مرأ فيه أن نظام الإسلام قد عالج بنجاح تام مصالح الدولة
الإسلامية في أوج توسعاتها مئات السنين ، وأقامت الشريعة صرح
نظام ومؤسسات تجارية وبحرية ومصرفية ، ومصالح ثقافية
وعمرانية واجتماعية متينة البنيان ولا يكون ذلك بطبيعة الحال
- الا لمتانة اصولها وأحكام أسسها ، فإن الشريعة الإسلامية التي
ظهرت في مجتمع بدائي منحصر في صحراء الجزيرة ، قد واجهت بكل
كفاية وثبات احتياجات سكان الامبراطوريتين الفارسية والرومانية
الشرقية ، وأثبتت علوها وتفوقها على نظمهم القديمة ، عندما زادت بها
المعاملات رقيا والحضارة تقدما وازدهارا ثم ان هذه الشريعة حكمت
التجارة البحرية المزدهرة بين الشرق وجمهوريات ايطاليا عبر البحار ،
ووضعت أسس القانونين التجاري والبحري الحديث ، واستوفت
احتياجات الحضارة الزراعية ، والصناعية ، والتجارية ، في بلاد الإسلام
المختلفة . ولا نجد في أنواع المعاملات الحديثة والاحتياجات المعاصرة
ما يمكن أن يند عن اصول الشرع ، الا أن يكون مستهجننا في ذاته غير
موافق للمثل الفاضلة وغير مرغوب في اقراره ، فعند ذلك يجدر
علاجه بنواء الشرع وتخليص المجتمع من شره ووباله .

ونظرة سريعة الى الأسس التي تقوم عليها النظم التشريعية
الأخرى ، نجد أنها لا تدعو الى القدر الكافي لتدعيم الثقة بها . فمثلا

النظم الرأسمالية تقوم على أساس من النظريات الفردية ، التي جعلت أساس الحياة هو المنفعة الفردية وسعى كل انسان الى بلوغ منفعته، وفي ظل هذه النظريات انقطعت صلة التعامل بالضمير، وصار الاستغلال مشروعاً للقوى مكفولاله وادى ذلك الى تحكم رأس المال في الضعفاء . أما النظم الجماعية المتطرفة - فقد أدت الى تسخير الفرد لصالح الجماعة تسخيراً تاماً وأسقطت من حساباتها الكفاية والكيان الفردى ، والنوازع الشخصية ، وجعلت الانسان ترساً في آلة كبيرة يفنى فيها ، وادى ذلك الى تبيد الثقة والطمأنينة كلية من جو التعامل وصبغه بصبغة القلق والخوف وعدم الاستقرار .

لهذا لم يكن بدعاً أن يوافق مجلس المجمع في جلسته رقم ٢٧ في ١٩٦٧/٣/٨ على أن من مهمة المجمع العمل على ايجاد مشروع قانون شامل للأحوال المدنية والجنائية وغيرها اذا ما تقرر في الدستور اتخاذ الشريعة الاسلامية أساساً للتقنين .

ثم أوصى المؤتمر الرابع للمجمع المنعقد في ١٩٦٨/٩/٢٧ بما يأتى .

« يوصى المؤتمر بمجمع البحوث الاسلامية بتأليف لجنة من رجال الفقه الاسلامى والقانون الوضعى ، لتضطلع بوضع الدراسات ومشروعات القوانين التي تيسر على المسئولين في البلاد الاسلامية الأخذ بأحكام الشريعة الاسلامية في قوانين بلادها كقوانين العقوبات والقانون التجارى ، والقانون البحرى وغيرها » .

كما وافق مجلس المجمع بجلسته رقم ٦٢ في ١٩٧٠/١/٧ على الخطة المرحلية لأعمال لجان المجمع ومن بينها « تقنين الشريعة الاسلامية » الوارد في خطة لجنة البحوث الفقهية كما اقترحتها بجلستها رقم ٢٠ بتاريخ ١١ أكتوبر ١٩٦٩ .

وقد عقدت لجنة البحوث الفقهية عدة اجتماعات وضعت فيها خطة العمل في مشروع التقنين .

وقد استقر الرأي على السير في هذا المشروع على النحو التالي:

١ - تقنين المذاهب الفقهية التي يعمل بها في البلاد الإسلامية و يبدأ في المرحلة الحالية بتقنين المذاهب الأربعة : الحنفية - الشافعية - المالكية - الحنابلة . ويقنن كل مذهب على حدة وتصاغ أحكامه في مواد على أن يصاغ من كل مذهب الرأي الراجح فيه وعلى أن تلحق كل مادة بمذكرة تفسيرية تذكر فيها الآراء الأخرى ، كما يذكر فيها الرأي الذي يرى أنه الأنسب للتطبيق في العصر الحاضر .

٢ - بعد الفراغ من تقنين كل مذهب على حدة ، يبدأ العمل في وضع قانون مختار من بين المذاهب جميعا ، وبذلك يمكن للمجمع أن يقدم لكل بيئة من البيئات الإسلامية التي ترتبط بمذهب معين قانونا إسلاميا يصور ذلك المذهب في أمانة كما يمكنه أن يقدم قانونا إسلاميا مختارا من بين المذاهب المعمول بها يفي باحتياجات البيئات التي تطلبه .

وجهات النظر حول منهج السير في تقنين الشريعة الإسلامية :

♦ تستخلص وجهات النظر التي تلور حول هذا الموضوع وأسانيد كل منها والاعتراضات التي وجهتها إليها ، ومن محاضر ومناقشات اللجان الأساسية والفرعية على الوجه التالي :

١ - وجهة نظر ترى أن يكفي بمراجعة القانون الوضعي لاقرار مالا يكون مختلفا مع الشريعة الإسلامية ، وتعديل ما يكون مخالفا ، وإضافة مالا يكون مدرجا بهذا القانون وله حكم في الشريعة .
♦ وتستند وجهة النظر هذه الى ماياتي :

(١) أن هذا النهج يحقق السرعة المطلوبة .

(ب) أن كثيراً من القوانين الوضعية مقتبس من الشريعة الإسلامية وتنحصر أوجه الخلاف في مواضع محددة .

وتعارض وجهة النظر هذه بما يأتي :

(أ) ان مصطلحات القانون الوضعي تختلف في معانيها عن مصطلحات الشريعة الإسلامية وان اتفقت معها في ألفاظها في بعض الأحيان .

(ب) ان القانون الوضعي - كأي قانون آخر - صادر عن عرف خاص ، وبيئة خاصة ، وفلسفة خاصة ، تختلف كثيراً أو قليلاً عن الروح الإسلامية - ومن ثم فإن اقرار ما يبدو منه في ظاهره متفقاً مع الشريعة الإسلامية يجبر حتما اقراراً للروح الغربية التي صدر عنها القانون الوضعي .

والى ذلك كانت اشارة فضيلة الشيخ يس سويلم في جلسة لجنة البحوث الفقهية التاسعة عشرة بقوله « تريد تقديم قانون روحه وجسمه اسلامي » .

مثال ذلك أن مراجعة بعض مواد القانون الجنائي قد تسفر - حسب هذا المنهج عن اتفاقها مع ما يقتضيه مبدأ التعزير في الاسلام من سعة ومرونة - لكنه اذا نظر الى أن هذا القانون الوضعي يعبر عن قيم أخلاقية معينة سادت في المجتمع الغربي في عصر من العصور وأن مبدأ التعزير في الاسلام ينبغي أن يكون مرتبطاً بالقيم الأخلاقية الخاصة بالمجتمع الاسلامي ونظرة الاسلام الى الثواب والعقاب فانه يصبح من الواجب تجنب القانون الجنائي الوضعي ، والاتجاه الى صياغته من واقع الشريعة الإسلامية والفقه الاسلامي ، على هدى قيم الاسلام ومثله العليا . . .

(ج) ان هذا الاتجاه يختلف مع ما قرره مؤتمر المجمع ومجلسه

ولجنة البحوث الفقهية حيث تقرر « تقنين الشريعة الإسلامية »
لامراجعة القانون الوضعي .

٢ - وجهة نظر ترى : أن تقنين الشريعة الإسلامية أساساً
على أن ترتب - من مبدأ الأمر - وفقاً لترتيب القانون الوضعي
وأبوابه .

وتستند وجهة النظر هذه إلى أن هذا الاتجاه هو الذي
يحقق سهولة تطبيق الشريعة في العصر الحديث ، وسرعة إنجاز
المتطلبات .

وتعارض وجهة النظر هذه بما عورضت به وجهة النظر الأولى
من اختلاف المصطلحات بين الجانبين ومن صدور كل منهما عن
فلسفة خاصة .

مثال ذلك : أن القانون الوضعي وقد جمع أنواع العقود
المختلفة تحت باب واحد كان متأثراً بنظريته في العقد وإطلاق
إرادة المتعاقدين بينما الشريعة الإسلامية لا تذهب هذا المذهب .

على أن الذين يسوقون هذه المعارضة لا يستطيعون إمكان
التقريب بين الترتيب الذي يؤخذ به هنا والترتيب الذي يؤخذ به
هناك وذلك في مرحلة ثانية من مراحل العمل ، بعد أن تصاغ المواضع
من الشريعة الإسلامية مباشرة فتتوفر لها الروح الإسلامية
الخاصة .

٣ - وجهة نظر ترى أن تقنين الشريعة الإسلامية من مبدأ
الأمر في قانون موحد مختار من المذاهب الفقهية الإسلامية .

وتعارضها وجهة نظر أخرى ترى : أن تقنين أولي المذاهب
الفقهية الإسلامية المختلفة كل منها على حدة ، ثم ينظر ثانياً في وضع
القانون الموحد المختار .

وتستند وجهة النظر الأولى الى :

(أ) أن ذلك يحقق السرعة المطلوبة .

(ب) انه يحقق الوحدة الاسلامية المرجوة ويبتعد بالمسلمين عن اثارة الخلافات المذهبية .

(ج) أن المذاهب الفقهية الاسلامية تكاد تكون مقننة في

متونها القديمة ولا يحتاج اظهارها في صورة مواد قانونية الا الى فصل عباراتها بعضها عن بعض ، ووضع أرقام لكل منها على انها مادة مستقلة .

وتستند وجهة النظر الثانية الى :

(أ) أن السرعة يمكن تعويضها بمزيد من الجهد وموالة العمل .

(ب) أن اختلاف المذاهب واقع لا يمكن تجاهله ، كما لا يمكن تجاوزه والوحدة الاسلامية لا تتأثر بوجود هذه المذاهب المستندة الى الكتاب والسنة بمقدار ماتتأثر بالتعصب الأعمى لبعضها .

(ج) ان وضع القانون الموحد المختار لابد أن يسبق - عمليا - تحضير مواده من المذاهب المختلفة ، ليجرى بعد ذلك الترجيح بينها والاختيار منها ومن هنا كان من اللازم تحضير هذه المواد من المذاهب أولا : فكانت الدعوة الى اغفال تقنين المذاهب دعوة الى اهدار جهد يتم بالضرورة وكانت الدعوة الى تقنينها قبل البدء في وضع القانون الموحد المختار دعوة الى الاحتفاظ بهذا الجهد وتنظيمه ، وتقديمه للبلاد التي تطلبه أو تقديمه للعاملين في وضع القانون الموحد المختار كمادة للبحث .

(د) أن عبارات المتون بعيدة الى حد كبير عن الوفاء بأغراض التقنين ولا يصح القول انها تتحول الى مواد قانونية لمجرد فصلها وترقيمها وذلك للأسباب الآتية :

١ - أن عبارات المتون غامضة أو مختصرة الى حد ، صارت به سببا في اختلاف الشراح وأصحاب الحواشي فلا تصلح أن تكون مادة قانونية قبل توضيحها ، وتجلية غموضها .

٢ - أن المتون قد تجمع بين الآراء الراجح منها وغير الراجح والتقنين يأخذ بما يتبين رجحانه .

٣ - أن المتون قد تجرى على أقوال رجع الشارح خلفها والتقنين يأخذ بقول الشارح في بعض الأحيان بل قد يأخذ بما جاء في الحواشي والتقارير .

٤ - أن أحكام المتون غالبها جزئي والتقنين جعلها قواعد كلية يمكن تطبيقها على كثير من الجزئيات .

٥ - أن المتون تشتمل على أحكام تعبدية لا تعرض عادة على التقاضي فلا يصح ذكرها في مواد القانون .

٦ - أن المتون كغيرها من أساليب الكلام الانساني ، تخضع لحكم البيئة والزمن، فمن ثم كان النظر اليها على انها وصلت الى حد الكمال وصارت تستحق الخلود لايتفق مع طبيعتها وكان لابد من أسلوب صياغة جديد لكل زمن جديد : تراعى فيه احتياجاته من حيث الإيجاز والاطناب والاجمال والتفصيل والشرح والتمثيل والتقديم والتأخير ، وغير ذلك من أساليب الكلام وأبوابه .

٧ - عملية التقنين لا تقتصر على صياغة المواد وانما تتعداها الى وضع ما تقتضيه من شرح أو مذكرة تفسيرية .

وأخيرا : فلقد سار العمل في لجان التقنين وفقا لوجهة النظر التي ذهبت الى تقنين المذاهب الفقهية كل على حدة بعيدا عن التأثير بروح القانون الوضعي ونظرياته كمرحلة أولى تتلوها مراحل التقريب والاختيار .

والاجمع في المرحلة الرابعة بتعدد استكمال خطوات هذا المشروع ، ووضع القانون الموحد من بين احكام المذهب ، وقد الفت اللجنة المسئولة عن ذلك وبأشرت مهمتها ، ونرجو ان تفرغ من اقل وقت يناسب اهمية هذا العمل ، كما يناسب الحاجة الملحة الى اصداره في اقرب فرصة .

بسم الله الرحمن الرحيم
الحمد لله الذي هدانا لهذا
ما كنا لنهتدي لولا أن هدانا الله
والله الموفق

هذه هي الطريقة التي ينبغي اتباعها في دراسة القرآن الكريم
فإنه لا ينبغي أن يقرأ القرآن الكريم كقراءة العادي
بل ينبغي أن يقرأ القرآن الكريم كقراءة الطالب
الذي يدرس في المدرسة أو الجامعة.

[illegible][illegible]

١٠
 ١١
 ١٢
 ١٣
 ١٤
 ١٥
 ١٦
 ١٧
 ١٨
 ١٩
 ٢٠
 ٢١
 ٢٢
 ٢٣
 ٢٤
 ٢٥
 ٢٦
 ٢٧
 ٢٨
 ٢٩
 ٣٠
 ٣١
 ٣٢
 ٣٣
 ٣٤
 ٣٥
 ٣٦
 ٣٧
 ٣٨
 ٣٩
 ٤٠
 ٤١
 ٤٢
 ٤٣
 ٤٤
 ٤٥
 ٤٦
 ٤٧
 ٤٨
 ٤٩
 ٥٠
 ٥١
 ٥٢
 ٥٣
 ٥٤
 ٥٥
 ٥٦
 ٥٧
 ٥٨
 ٥٩
 ٦٠
 ٦١
 ٦٢
 ٦٣
 ٦٤
 ٦٥
 ٦٦
 ٦٧
 ٦٨
 ٦٩
 ٧٠
 ٧١
 ٧٢
 ٧٣
 ٧٤
 ٧٥
 ٧٦
 ٧٧
 ٧٨
 ٧٩
 ٨٠
 ٨١
 ٨٢
 ٨٣
 ٨٤
 ٨٥
 ٨٦
 ٨٧
 ٨٨
 ٨٩
 ٩٠
 ٩١
 ٩٢
 ٩٣
 ٩٤
 ٩٥
 ٩٦
 ٩٧
 ٩٨
 ٩٩
 ١٠٠

مشروع تقنين أحكام المعاملات

على مذهب الإمام الأعظم أبي حنيفة (رضي الله عنه)

1870-1871

1871-1872

بسم الرحمن الرحيم

الحمد لله رب العالمين ، والصلاة والسلام على خاتم المرسلين ،
سيدنا محمد وعلى آله وصحبه ، ومن دعا بدعوته ، واهتدى بهديه ،
وسار على نهجه الى يوم الدين •

• • • وبعد

فتلبية لرغبة الشعوب الاسلامية في جعل الشريعة الاسلامية
دستورا لبلادها ، وقانونا تحتكم إليه •

واستجابة لتشوق هذه الشعوب ، في أن تنهج نهج السلف
الصالح ، من العصر الاسلامي الأول ، لتزفر راية العدل والسلام
والطمأنينة عليها •

ونشيا مع ما أوصى به مؤتمر مجمع البحوث الاسلامية في دورته
الرابعة ، من وضع الدراسات ومشروعات القوانين ، التي تيسر
على المسؤولين في البلاد الاسلامية ، الأخذ بأحكام الشريعة الاسلامية ،
في قوانين بلادها •

قمنا باعداد مشروع تقنين المعاملات ، على مذهب الامام الأعظم
أبي حنيفة النعمان - رضي الله عنه - متوخين في ذلك الرأي
الراجح غالبا ، والأخذ ببعض الآراء التي تيسر على الناس في
معاملاتهم ، مع الإشارة بقدر الإمكان إلى غير ذلك من الآراء في شرح
المادة •

ساهمنا بهذا الجهد المتواضع ، في أداء الواجب الذي يفرضه
علينا ديننا راجين المولى - جل شأنه - أن يجعل هذه المشروع نواة

لاستنباط قانون عامل شامل ، يحقق الرغبة ، ويأخذ بيد المسلمين ،
ليعودوا إلى ماضيهم المجيد ، ويعيشوا في أمن وسلام •

وأملنا كبير أن نكون قد وفقنا في تحقيق بعض ما يصبو إليه
المجتمع الاسلامي ، سائلين المولى - جل وعلا - أن يجعله خالصا
لوجهه الكريم ، وأن يهدينا سواء السبيل •

اللجنة

أعضاء اللجان الذين اشتركوا في إعداد

مشروع التقنين

۱ - اللجنة الأولى } فضيلة الأستاذ الشيخ محمد علوانى سامون
السيد الأستاذ المستشار محمد عبد المنعم ناصف
فضيلة الأستاذ الشيخ محمد عبده البحرى

۲ - اللجنة الثانية : } فضيلة الأستاذ الشيخ محمد عبد الرحيم الكشكى
السيد الأستاذ المستشار أحمد سعيد ثابت
فضيلة الأستاذ الشيخ فهمى عبد الله سيد على
فضيلة الأستاذ الشيخ عبد التواب عبد التواب باظة

۳ - اللجنة الثالثة : } فضيلة الأستاذ الدكتور حسن الشاذلى
السيد الأستاذ المستشار محمد محمود علام
فضيلة الأستاذ الشيخ سليمان عطا

واشترك فى بعض مراحل العمل ، وانقطع لظروف خاصة :

فضيلة الأستاذ الدكتور محمد سلام مذكور
فضيلة الأستاذ الشيخ عبد المقصود شلتوت
السيد الأستاذ الدكتور مصطفى كمال وصفى
فضيلة الأستاذ الشيخ محمد محمد سند

المراجع التي اعتمدت عليها اللجنة

- ١ - حاشية ابن عابدين على الدر المختار شرح تنوير الأبصار
ج ٤ الطبعة الثالثة « المطبعة الكبرى الأميرية » ببولاق
مصر المحمية سنة ١٣٢٥هـ
- ٢ - فتح القدير على الهداية
ج ٥ الطبعة الأولى « المطبعة الكبرى الأميرية » ببولاق
مصر المحمية سنة ١٣١٦هـ
- ٣ - بدائع الصنائع فى ترتيب الشرائع
ج ٥ الطبعة الأولى « مطبعة الجمالية » بحارة الروم
سنة ١٣٢٨هـ
- ٤ - الأشباه والنظائر لابن نجيم الحنفى
« مطبعة وادى النيل المصرية »
سنة ١٢٩٨هـ
- ٥ - مرآة المجلة « شرح مجلة القوانين الشرعية والأحكام العدلية
(يوسف آصاف)
ج ١ المطبعة العمومية بمصر
سنة ١٢٨٩هـ

القواعد العامة

١ - الأمور بمقاصدها .

المذكرة الإيضاحية

معنى هذه القاعدة أن الحكم الذي يترتب على أمر يكون على مقتضى ما هو المقصود من ذلك الأمر ، فلو رمى إنسان سهماً قاصد صيداً فأصاب إنساناً فقتله لا يقتل به ، وذكر قاضيخان في فتاواه : أن يبيع العصير ممن يتخذه خمراً إن قصد به التجارة ، فلا يحرم ، وإن قصد به لأجل التخمير حرم ، وكذا غرس الكرم على هذا (١) .

٢ - العبرة في العقود للمقاصد والمعاني لا للألفاظ والمباني .

المذكرة الإيضاحية

تتضح هذه القاعدة في أنه لا فرق بين بيع الوفاء وبين الرهن

(١) الأشباه والنظائر لابن نجيم الحنفى ص ١٢ و امرأة المجلة ج ١ ص ٨٠٧

(يوسف آصاف) طبع المطبعة العمومية بمصر سنة ١٨٩٤ م .

في حكم من الأحكام ، فإن المتعاقدين وإن مميّا بيعاً لكن غرضهما الاستيثاق بالدين إذ العاقدان يقول كل واحد بعد هذا العقد ، رهننت ملكي فلاناً والمشتري يقول ارتهننت ملك فلان والعبرة في التصرفات للعقاصد والمعاني لا للألفاظ والمباني (جامع الفتاوى في بيع الوفاء^(١)) .

٣ - اليقين لا يزول بالشك .

المذكرة الإيضاحية

يعنى لو كان لإنسان على آخر دين ييقن ، وشك في وفائه لا يسقط (٢) .

٤ - المشقة تجلب التيسير .

المذكرة الإيضاحية

يعنى أن الصعوبة تعير سبباً للتسهيل ، ويلزم التوسيع في وقت

(١) امرأة المجلة (يوسف آصاف) ج ١ ص ٨ .

(٢) الأشباه والنظائر لابن نجيم الحنفى ص ٢٧ ، وامرأة المجلة (يوسف

آصاف) ج ١ ص ٨ .

الضيق ، ويتفرع على هذا الأصل كثير من الأحكام الفقهية كالقرض والحالة والحجر وغير ذلك .

وما جوزه الفقهاء من الرخص والتخفيفات في الأحكام الشرعية مستنبط من هذه القاعدة .

والأصل في هذه القاعدة قوله تعالى : (يريد الله بكم اليسر ولا يريد بكم العسر) وقوله تعالى : (وما جعل عليكم في الدين من حرج) وقوله — ﷺ — (أحب الدين إلى الله الحنيفية السمحة) (١) .

٥ - الضرر يزال .

المذكرة الإيضاحية

يعنى أنه يجب إعدام الضرر وإزالته ، كقتل الحيوان الضار وأسباب الأمراض والفتن ونحو ذلك من المضار كقطع الطريق والسرقا .

والأصل في هذه القاعدة قوله عليه الصلاة والسلام : (لا ضرر ولا ضرار) .

(١) الأشباه والنظائر لابن نجيم الحنفى ص ٣٧ ، ومراة المجلة (يوسف آصاف) ج ١ ص ١٤ .

ويتننى على هذه القاعدة كثير من أبواب الفقه كالرد بعيب وجميع أبواب الخيارات والشفعة (١) .

٦ - العادة محكمة .

المذكرة الإيضاحية

يعنى أن العادة عامة كانت أو خاصة تجمل حكماً لإثبات حكم شرعى وأصلها قوله — عليه الصلاة والسلام — : (مارآه المسلمون حسناً فهو عند الله حسن) .

وتجرى هذه القاعدة فى إجارة الظئر ، وفيما لانص فيه من الأموال الربوية يعتبر فيه العرف فى كونه كيلياً أو وزنياً ، وتجرى أيضاً فى حلوان المعلم والصانع حيث صار ذلك عادة يجب وفاؤه (٢) .

-
- (١) الأشباه والنظائر لابن نجيم (الحنفى) ص ٤٢ ، ومرآة المجلة (يوسف آصاف) ج ١ ص ١٦ .
(٢) الأشباه والنظائر لابن نجيم (الحنفى) ص ٤٦ ، ومرآة المجلة (يوسف آصاف) ج ١ ص ٢٢ :

٧ - الاجتهاد لا ينقض بمثله .

المذكرة الإيضاحية

معنى هذه القاعدة : أنه لو رفع لقاض حنفى حكم قاض شافعى لا ينقضه ، ولو كان مخالفا لمذهب إمامه .

ودليل القاعدة المذكورة الإجماع ، وقد حكم أبو بكر - رضى الله عنه - فى مسائل وخالف عمر - رضى الله عنه - فيها ، ولم ينقض حكمه ، وعلته بانه ليس الاجتهاد الثانى بأقوى من الأول ، وأنه يؤدى إلى ألا يستقر حكم وفيه مشقة شديدة (١) .

* * *

٨ - إذا اجتمع الحلال والحرام غلب الحرام .

المذكرة الإيضاحية

معنى هذه القاعدة أنه لو كانت فى الشىء جهة حل وجهة حرمة غلبت جهة الحرمة ، كما لو شارك الكلب المعلم غير المعلم ،

(١) الأشباه والنظائر لآمين بنعيم (الحنفى) ص ٥٣ ، ومرآة المجلة (يوسف آصاف) ج ١ ص ١٣ ، ١٤ .

أو كلب مجوسى أو كلب لم يذكر اسم الله — تعالى عليه — عمداً حرم
أكل صيده كما فى الهداية (١) .

٩ — التابع تابع ولا يفرد بالحكم .

المذكرة الإيضاحية

معنى القاعدة أنه إذا بيع حيوان فى بطنه جنين يدخل الجنين
فى البيع تبعاً ، ولا يفرد بالحكم بمعنى أنه لا يباع منفرداً (٢) .

١٠ — تصرف الإمام على الرعية منوط بالمصلحة .

المذكرة الإيضاحية

يتضح معنى القاعدة فى تصريح الفقهاء : أن السلطان لا يصح عفو
عن قاتل لاولى له ، إنما له القصاص أو الصلح لأنه نصب ناظراً ،
وليس من النظر للمستحق العفو .

(١) الأشباه والنظائر لابن نجيم (الحنفى) ص ٥٥ .

(٢) الأشباه والنظائر لابن نجيم (الحنفى) ص ٦٠ ، ومرآة المجلة (يوسف

آصاف) ج ١ ص ٢٨ ، ٢٩ .

وأصل القاعدة : ما أخرجه سعيد بن منصور عن البراء قال : قال
 عمر رضى الله تعالى عنه : إني أنزلت نفسى من مال الله تعالى بمنزلة
 ولى اليتيم ، إن احتجت أخذت منه ، فإذا أيسرت رددته ، فإذا
 استغنيث استعفت (١) .

١١ - الحدود تدرأ بالشبهات .

المذكرة الإيضاحية

معنى القاعده أن الحدود لا تقام ، إذا حامت حولها للشبهات ، وهذا
 ثابت بالحديث الشريف ، فقد روى عن ابن عباس رضى الله تعالى
 عنهما ، وأخرج ابن ماجه من حديث أبى هريرة رضى الله تعالى عنه
 « ادورعوا الحدود بالشبهات » .

وفى فتح القدير أجمع فقهاء الأمصار على أن الحدود تدرأ بالشبهات
 والحديث المروى فى ذلك متفق عليه وتلقته الأمة بالقبول (٢) .

-
- (١) الأشباه والنظائر لابن نجيم (الحنفى) ص ٦٢ ، ومראה المجلة (يوسف
 آصاف) ج ١ ص ٣٢ .
 (٢) الأشباه والنظائر لابن نجيم (الحنفى) ص ٦٤ .

١٢ - إعمال الكلام أولى من إهماله .

المذكرة الإيضاحية

يعنى لا يهمل الكلام ما أمكن حمله على معنى ، كما إذا قال لك
عندى مال يحمل كلامه على أقل ما يسمى مالا ولا يهمل (١) .

١٣ - الخراج بالضم .

المذكرة الإيضاحية

يتضح معنى للقاعدة بما رواه أحمد وأبو داود والترمذى والنسائي
وابن ماجه وابن حبان من حديث عائشة رضى الله عنها ، وفى بعض
طرقه ذكر السبب ، وهو ان رجلا ابتاع عبداً فأقام عنده ماشاء الله
أن يقيم ، ثم وجد به عيباً فخاصمه إلى النبي — صلى الله عليه وسلم — فردّه
عليه ، فقال الرجل يا رسول الله : قد استعمل غلامى فقال : (الخراج
بالضمان) قال أبو عبيد : الخراج فى هذا الحديث غلة العبد يشترىه

(١) الأسماء والنظائر لابن نجيم (الحنفى) ص ٦٨ ومرآة المجلة (يوسف
آصاف) ج ١ ص ٣٤

الرجل فيستعمله زماناً ثم يعثر منه على عيب دلّسه البائع فيرده ويأخذ جميع الثمن ويفوز بغلته كلها لأنه كان في ضمانه ، ولو هلك هلك من ماله (١) .

١٤ - (١) لا ينسب إلى ساكت قول .

(ب) والسكوت في معرض الحاجة بيان .

المذكرة الإيضاحية

يعنى أنه لا يقال لساكت انه قال كذا لكن السكوت فيما يلزم التكلم به إقرار وبيان ، وذلك كما إذا رأيت أحدا يتصرف في شيء تصرف المالك بلا إذن منك ، وسكت بلا عذر بعد ذلك إقرار منك بأنك غير مالك له ، فلو رأى أجنبيا يبيع ماله فسكت ولم ينه لم يكن وكيفا بسكوته (٢) .

(١) الأشباه والنظائر لابن نجيم (الحنفى) ص ٧٧ .

(٢) الأشباه والنظائر لابن نجيم (الحنفى) ص ٧٨ ، ومرآة المجلة (يوسف

آصاف) ص ٣٨ .

١٥ - ما حرم أخذه حرم إعطاؤه .

المذكرة الإيضاحية

يتضح معنى القاعدة في التعامل بالربا مثلاً ، فكما لا يجوز للإنسان أكل الربا لا يجوز له دفعه ، وكذلك الرشوة (١) .

١٦ - من استعجل الشئ قبل أوانه عوقب بحرمانه .

المذكرة الإيضاحية

تتضح القاعدة في حرمان من قتل مورثه من الإرث (٢) .

١٧ - الولاية الخاصة أقوى من الولاية العامة .

المذكرة الإيضاحية

تتضح للقاعدة في أن القاضي لا يزوج اليتيم واليتيمة إلا عند عدم

(١) الأشباه والنظائر لابن نجيم (الحنفى) ص ٧٩ .

(٢) الأشباه والنظائر لابن نجيم (الحنفى) ص ٨٠ .

ولى لهما فى النكاح ، ولو كان القاضى ذارحم محرم ، وفى أن الإمام
لا يملك العفو (١) .

١٨ - لا عبرة بالظن البين خطؤه .

المذكرة الإيضاحية

تتضح القاعدة فيما إذا دفع مالا لإنسان ظاناً أنه يلزمه ، ثم تبين
أنه غير لازم عليه فإنه يسترده ، وذلك كمن دفع للشفيع مالا صلاحاً
عن إسقاط شفعته ، فله استرداده ، ولو ظن أنه واجب عليه (٢) .

١٩ - ذكر بعض ما لا يتجزأ كذكر كله .

المذكرة الإيضاحية

تتضح القاعدة فى العفو عن القصاص ، فإذا عفا عن بعض القاتل

(١) الأشباه والنظائر لابن نجيم (الحنفى) ص ٨٠

(٢) الأشباه والنظائر لابن نجيم (الحنفى) ص ٨٠ ، ٨١ ومرتبة المجلة

(يوسف آصاف) ص ٤١ .

كان عفوا عن كله ، وكذا إذا عفا بمض الأولياء سقط القصاص ،
وانقلب نصيب الباقيين مالا (١) .

٢٠ - إذا اجتمع المباشر والمتسبب أضيف الحكم
إلى المباشر .

المذكرة الإيضاحية

تتضح القاعدة في عدم تضمين من دل سارقا على مال إنسان
فسرقه .

(١) الأشباه والنظائر لابن نجيم (الحنفى) ص ٨١ .

الاصطلاحات الفقهية

المتعلقة بباب البيع

- مادة ١ — « الإيجاب أول كلام يصدر من أحد العاقلين ، لأجل إنشاء التصرف وبه يوجب ويثبت التصرف » .
- مادة ٢ — « القبول ثانى كلام يصدر من أحد العاقلين لأجل إنشاء التصرف وبه يتم العقد » .
- مادة ٣ — العقد إلتزام المتعاقدين ، وتمهدها أمراً ، وهو عبارة عن ارتباط الإيجاب بالقبول .
- مادة ٤ — الانعقاد : تعلق كل من الإيجاب والقبول بالآخر على وجه مشروع يظهر أثره فى متعلقهما .
- مادة ٥ — البيع مبادلة مال بمال ، ويكون منعقداً أو غير منعقد .
- مادة ٦ — البيع المنعقد هو البيع الذى ينعقد على الوجه المذكور ، وينقسم إلى : صحيح : وفاسد : ونافذ : وموقوف :
- مادة ٧ — البيع الغير المنعقد هو : البيع الباطل .
- مادة ٨ — البيع الصحيح هو : البيع الجائز وهو البيع المشروع ذاتاً ووصفاً .

مادة ٩ — البيع الفاسد هو : المشروع أصلاً لا وصفاً .

مادة ١٠ — البيع الباطل هو : ما لا يكون مشروعاً أصلاً .

مادة ١١ — البيع الموقوف هو : بيع يتعلق به حق آخر « كبيع الفضولى » .

مادة ١٢ — الفضولى هو : من يتصرف بحق آخر بدون إذن شرعى .

مادة ١٣ — البيع النافذ هو : بيع لا يتعلق به حق آخر ، وينقسم إلى : لازم ، وغير لازم .

مادة ١٤ — البيع اللازم هو : البيع النافذ العارى عن الخيارات .

مادة ١٥ — البيع غير اللازم هو : البيع النافذ الذى فيه أحد الخيارات .

مادة ١٦ — الخيارات هى : كون أحد المعاقدين خيراً .

مادة ١٧ — البيع البات هو : البيع القطعى .

مادة ١٨ — بيع الاستغلال هو : بيع المال وفاء على أن يستأجره غير البائع .

مادة ١٩ — البيع باعتبار المبيع ينقسم إلى أربعة أقسام : بيع المال بالثمن (ويسمى بالبيع المطلق ، لأنه أشهر البيوع) :
الصرف : المقابضة : السلم .

مادة ٢٠ — المال هو : ما يعيل إليه طبع الإنسان ، ويمكن ادخاره إلى وقت الحاجة ، منقولاً كان أو غير منقول .

- مادة ٢١ — المال المتقوم هو : يستعمل في معنيين :
- ١ — بمعنى ما يباح الانتفاع به .
- ٢ — بمعنى المال المحرز .
- مادة ٢٢ — المنقول هو : الشيء الذي يمكن نقله من محل إلى آخر .
- مادة ٢٣ — غير المنقول هو : مالا يمكن نقله من محل إلى آخر .
- مادة ٢٤ — النقود : جمع نقد ، وهى عبارة عن الذهب والفضة ، وما قام مقامها .
- مادة ٢٥ — العروض : جمع عرض ، وهو ماعدا النقود والسلعة : متاع التجارة .
- مادة ٢٦ — المقدرات : ما تتعين مقاديرها بالكيل ، أو الوزن ، أو العدد، أو الذراع، وهى شاملة للكيلات، والموزونات، والعدييات ، والمذروعات ، ويقال لها الثلثيات .
- مادة ٢٧ — المحدود هو . العقار الذى يمكن تعيين حدوده وأطرافه .
- مادة ٢٨ — المشاع : ما يحتوى على حصص شائعة .
- مادة ٢٩ — الحصة الشائعة هى : السهم السارى إلى كل جزء من أجزاء المال المشترك .
- مادة ٣٠ — الجنس : مالا يكون بين أفرادة تفاوت فاحش بالنسبة إلى الغرض منه .
- مادة ٣١ — الجزاف والمجازفة : بيع مجموع بلا تقدير .
- مادة ٣٢ — حق المرور هو : حق المشى فى ملك آخر .
- مادة ٣٣ — حق الشرب هو : نصيب معين معلوم من النهر ونحوه .

مادة ٣٤ — حق المسيل : حق جريان الماء ، والسيل ، والتوكاف من دار إلى الخارج .

(التوكاف : رشح ماء المطر من سقف أو نحوه) .

مادة ٣٥ — المثل : ما يوجد مثله في السوق بدون تفاوت يعتد به .

مادة ٣٦ — القيمي : مالا يوجد له مثل في السوق ، أو يوجد لكن مع التفاوت المعتد به في القيمة .

مادة ٣٧ — العدديات المتقاربة : المعدودات هي التي لا يكون بين أفرادها وآحادها تفاوت في القيمة . وجميعها من المثليات .

مادة ٣٨ — العدديات المتفاوتة هي : التي يكون بين أفرادها وآحادها تفاوت في القيمة ، فجميعها قيميات .

مادة ٣٩ — التأجيل : تعليق الدين وتأخيره إلى وقت معين .

مادة ٤٠ — التقسيط : تأجيل أداء الدين مفرقاً إلى أوقات معينة .

مادة ٤١ — الدين : ما يثبت في الذمة .

مادة ٤٢ — العين : الشيء المعين المشخص .

مادة ٤٣ — التغيرير : توصيف المبيع للمشتري بغير صفته الحقيقية ، ترغيباً له به .

مادة ٤٤ — الغبن الفاحش : غبن على قدر نصف العشر في العروض ، والعشر في الحيوانات ، والحس في العقار ، أو زيادة (١) .

(١) مرآة المجلة ١ يوسف آصاف ج ١ ص ٥٥ — ٦٤ .

باب البيع

تعريف البيع :

مادة (١) :

« البيع هو مبادلة مال غير تقدي بمال تقدي على وجه التراضي »^(١).

المذكرة الإيضاحية

البيع في عرف الفقهاء يطلق بمعنى أعم، أي شامل للسلم، والصرف، والمقايضة والبيع المطلق، وهو « مبادلة المال بالمال بالتراضي ».

ويطلق البيع بمعنى أضيق، فلا يشمل إلا البيع المتعارف، وهو البيع المطلق.

وقد جرت اللجنة في تعريف البيع على الإطلاق الثاني؛ لأنه هو المتعارف.

(١) ابن عابدين ج ٤ ص ٣، ٤، ٧.

والمبادلة هي التملك (نهر عن الدراية) أى التملك المطلق ،
وتكون بالقول وهو : الإيجاب والقبول ، وبالفعل وهو التعاطي .

والمال ما يميل إليه الطبع ، ويمكن ادخاره لوقت الحاجة . والمالية
تثبت بتمول الناس كافة أو بعضهم ، والتقوم يثبت بها وبإباحة الانتفاع
به شرعاً ، فإباحة بلا تمول لا يكون مالا كحبة خنطة ، وما يتمول
بلا إباحة الانتفاع ، لا يكون متقوماً كالخمر ، وإذا عدم الأمران لم يثبت
واحد منهما كالدم (ملخصاً عن الكشف الكبير) .

واشتراط التراضي أخذ من الآية للكريمة (إلا أن تكون تجارة
عن تراض) . ولا ينعقد البيع إلا به .

وتقييد المال بغير نقدي يميزه عن الصرف والسلم ، وتقييد المقابل
بمال نقدي يميزه عن المقايضة .

ركن البيع :

مادة (٢) :

« ينعقد البيع بتلاقي الإيجاب والقبول ، أو ما يقوم
مقامهما »^(١) .

(١) فتح القدير ج ٥ ص ٧٤ ، ٧٥ ، ابن عايد ج ٤ ص ٥ إلى ١٢
بدائع الصنائع ج ١٣٣٥ ، ١٣٤ .

المذكرة الإيضاحية

الانعقاد : هو تعلق كلام أحد العاقدين بالآخر شرعاً على وجه يظهر أثره في الحل .

والمراد بالبيع هنا المعنى الشرعى الخاص المعلوم حكمه .
والإيجاب (الإثبات) : وهو ما صدر أولاً من أحد العاقدين ، سواء وقع من البائع كبعت ، أو من المشتري ، كأن يتدعى فيقول : اشتريت منك هذا بكذا .

والقبول . هو ما صدر من للماقد الآخر ، وبه يتم العقد .
وكل منهما إيجاب (أى إثبات) وإنما مسمى الإثبات الثانى قبولاً ، تمييزاً له عن الإثبات الأول ، ولأنه يقع قبولاً ورضاً بفضل الأول .
والإيجاب والقبول هما ركنا البيع ، وهما تفسير للمبادلة بالقول التى أشرنا إليها فى شرح المادة (١) .

والكلام فى الإيجاب والقبول فى موضعين : أحدهما الصيغة ، والثانى الصفة .

أما صيغتهما : فهى كل لفظين ينبثقان عن معنى التملك والتملك والتملك « ماضيين » كأن يقول البائع : بعت ، ويقول المشتري : اشتريت ، فيتم الركن ، لأن هذه الصيغة وإن كانت للماضى وضعاً ، لكنها جعلت إيجاباً للحال فى عرف أهل اللغة والشرع ، والعرف قاض على الوضع .

« أو حالين » كأن يقول البائع للمشتري : أبيع منك هذا الشيء بكذا ونوى الإيجاب ، فقال المشتري : أشتريه ، أو قال المشتري : أشتري منك هذا الشيء بكذا ، ونوى الإيجاب في الحال . أو قال البائع : أبيعك منك بكذا ، وقال المشتري أشتريه ونوى الإيجاب ، يتم الركن وينعقد .

وإنما اعتبرت النية هنا وإن كانت صيغة أفعال للحال هو الصحيح ، لأنه غلب استعمالها للاستقبال ، إما حقيقة أو مجازاً ، فوقت الحاجة إلى التعيين بالنية (بدائع) .

ولا ينعقد بلفظين أحدهما للماضي والآخر للمستقبل ، لأن النبي — صلى الله عليه وسلم — استعمل فيه لفظ الماضي الذي يدل على تحقق وجوده ، فكان الانعقاد مقتصرأ عليه ، ولأن لفظ المستقبل إن كان من جانب البائع كان عدة لا بيعاً ، وإن كان من جانب المشتري كان مساومة .

ولا ينعقد بصيغة الاستفهام في أحدهما بالاتفاق ، بأن يقول المشتري : أتبيع منك هذا الشيء بكذا ، أو بعته منك بكذا ؟ فقال البائع : بعت ، لا ينعقد .

ولا ينعقد بصيغة الأمر ، بأن يقول المشتري : بيع هذا الشيء منك بكذا ، فيقول البائع : بعت .

وأما صفتهما : فهي أن الإيجاب لا يكون ملزماً قبل وجود الآخر ، فأحد الشطرين بعد وجوده لا يلزم قبل وجود الشطر الآخر ، حتى

لو وجد أحد الشطرين من أحد المتبايعين ، فللاخر خيار القبول ، وله خيار الرجوع قبل قبول الآخر ، لقول الرسول — ﷺ — : « البيعان بالخيار ما لم يفترقا عن بيعهما » . والخيار الثابت لهما قبل التفريق عن بيعهما هو : خيار القبول وخيار الرجوع ، ولأن أحد الشطرين لو لزم قبل وجود الآخر لكان صاحبه مجبوراً على ذلك الشطر ، وهذا لا يجوز .

وحيث لم تصح إرادة اللفظين بالبيع ، بل حكمهما وهو الملك في البدلين ، وجب أن يراد بقوله : ينقذ ، يثبت أى الحكم ، فإن الانقضاء إنما هو للفظين لا للملك ، أى انضمام أحدهما إلى الآخر على وجه يثبت أثره الشرعى .

والذى يقوم مقام اللفظ في الإيجاب والقبول ما يأتى :

١ — الإشارة المفهومة بالنسبة للأخرس ، لأنها تقوم مقام عبارته هذا إذا كان الحرس أصلياً (خلقياً) فإن كان مارضاً فلا يصح إلا إذا دام به .

٢ — التعاطى : وهو دفع الثمن وأخذ المبيع عن تراض من البائع والمشتري بغير لفظ ، ويكون فى الخسيس ، والنفيس على الأصح .

والبيع بالتعاطى هو المبادلة بالفعل ويسمى بيع المراضة ، ويكون فى الأشياء الخسيسة والنفيسة ، وذكر القدورى : أن التعاطى يجوز فى الأشياء الخسيسة ولا يجوز فى الأشياء النفيسة وهو قول

الكرخى أيضا . ورواية الجواز فى الأصل مطلق عن هذا التفصيل
وهى الصحيحة ، لأن البيع فى اللغة والشرع « اسم للمبادلة » وهى
مبادلة شئ مرغوب بشئ مرغوب ، وحقيقة المبادلة بالتعاطى هى
الأخذ والإعطاء ، وإنما قول للبيع والشراء دليل عليهما ، والدليل
عليه قوله عز وجل : (إلا أن تكون تجارة عن تراض منكم) .
والتجارة عبارة عن جعل للشراء للغير يبدل ، وهو تفسير التعاطى ،
وقال سبحانه وتعالى : (أولئك الذين اشتروا الضلالة بالهدى فأرجمت
تجارهم وما كانوا مهتدين) . أطلق سبحانه وتعالى اسم التجارة
على تبادل ليس فيه قول البيع الخ ؛

وإذا ثبت أن حقيقة المبادلة بالتعاطى وهو الأخذ والإعطاء . فهذا
يوجد فى الأشياء الخسيسة والنفيسة جميعاً ، فكان التعاطى فى كل
ذلك يعبأ ، فكان جائزاً ، ولو كان التعاطى من أحد الجانبين جاز
على الأصح وبه يفتى ، إذا لم يصرح معه بعدم الرضا ، وقيل لا بد
من الإعطاء من الجانبين ، وعليه الأكثر ، قاله الطرسوسى ، واختاره
البرازى ، وأفتى به الحلوانى ، واكتفى القرمانى بتسليم المبيع
مع بيان الثمن ، فتحرم ثلاثة أقوال ، وقد تقدم ما عليه القنوى . وهو
جواز التعاطى من أحد الجانبين .

مادة (٣) :

« لا يعتبر الإيجاب الصادر للغائب إلا بكتاب أو رسول ،
أو ما يقوم مقام أحدهما ويكون مجلس القبول هو مجلس العلم
الحاصل بأحدهما » (١) .

المذكرة الإيضاحية

إذا صدر الإيجاب للغائب عن مماعه ، يعتبر باطلا إذا بلغه من
شخص لم يكلف بتبليغه ولا ينعقد البيع اتفاقا ، وإنما يعتبر الإبلاغ
إذا كان عن طريق الكتابة أو الرسول .

وصورة الكتابة أن يكتب . . . فقد بعث هذا الشيء منك بكذا ،
فلما بلغه الكتاب قال في مجلسه ذلك : اشتريت تم البيع بينهما .

وصورة الإرسال : أن يرسل رسولا ، فيقول البائع : بعث هذا
من فلان الغائب بألف درهم فاذهب يا فلان وقل له ، فذهب الرسول
فاخبره بما قال ، فقبل المشتري في مجلسه ذلك .

ومجلس القبول : هو مجلس بلوغ الكتاب أو الرسول ، ولا يخفى
أن قراءة الكتاب صارت بمنزلة الإيجاب من الكتاب ، فإذا قبل
المكتوب إليه في المجلس فقد صدر الإيجاب والقبول في مجلس واحد .

* * *

(١) ابن عابدين ج ٤ ص ١٠ ، ١١

مادة (٤) :

د إذا أوجب واحد قَبْل الآخر في المجلس كل المبيع
بكل الثمن أو ترك ، إلا إذا أوضح الموجب ثمن كل فيصح
للقابل أخذ البعض بمحضته من الثمن ،^(١) .

المذكرة الإيضاحية

تقدم في شرح المادة (٢) معنى الإيجاب ، فإذا صدر هذا
الإيجاب من أحد المتعاقدين فالآخر بائعا كان أو مشتريا ، يخير بين
القبول أو الترك في المجلس ما دام الموجب على إيجابه ، فلو رجع عنه
قبل القبول بطل (وسيأتى بيان ذلك في المادة (٥)) ولا بد من كون
القبول في المجلس ، وموافقا للإيجاب ، وأن يكون قبل تغير المبيع .
وتقييد القبول بالمجلس لأن خيار القبول مقيد به حتى لو تكلم
البائع مع إنسان في حاجة له فإنه يبطل (بحر) .

والمراد بالمجلس مالا يوجد فيه ما يدل على الإعراض ،
وَألا يشتغل العاقدان بغير موضوع العقد وإن لم يكن للإعراض (نهر)
فإن وجد بطل ولو اتحد المكان .

(١) ابن عابدين ج ٤ ص ٢٠ .

والتخيير يكون بين قبول العاقد الثاني « كل المبيع بكل الثمن أو الترك » وهذا بيان لاشتراط موافقة القبول للإيجاب ، بأن يقبل المشتري ما أوجبه البائع بما أوجب ، فإن خالفه بأن قبل غير ما أوجبه أو بعضه ، بغير ما أوجبه أو يعضه لم ينقذ ، إلا إذا كانت المخالفة إلى ما في صالح الموجب فانه ينقذ ، ولا يجب إلا ما يتلاقى مع الإيجاب إلا إذا قبل الآخر الخط من الثمن أو الزيادة فيه ، وقبل المشتري الزيادة ، أو حلول الثمن بدل تنجيئه ، أو تأجيله ، فإن هذا يعتبر قبولا جديدا ، وتكون عبارة الآخر إيجابا ، ويلغى الإيجاب الأول . والتخيير الموجه إليه الإيجاب بين الأخذ بكل الثمن أو تركه أمثالا يلزم تفريق الصفقة .

أما إذا تعدد المبيع وذكر ثمننا لكل مع تكرار لفظ البيع ، فيكون للموجه إليه الإيجاب حق القبول في الصفقة كلها أو بعضها مما بين ثمنه اتفاقا ، فإن لم يكرر لفظ البيع وفصل الثمن ، فظاهر كلام الهداية أنه يكون بتفصيل الثمن قد رضى بتعدد الصفقة على الوجه الذى بينه بتفصيل الثمن ، ويكون كما إذا كرر لفظ البيع وهو قول الصاحبين (أبو يوسف ومحمد) .

* * *

مادة (٥) :

« يبطل الإيجاب برجوع الموجب قبل القبول صراحة أو دلالة ، أو بإعراض الآخر » (١) .

(١) ابن عابدين ج ٤ ص ٢٠ ، ٢١ .

المذكرة الإيضاحية

إذا حدث ما يدل على أعراض أحد المتعاقدين — بعد صدور الإيجاب — بطل الإيجاب لأنه يشترط اتحاد المجلس . (وفي المجتبى) أن المجلس المتحد يكون بالاشتغال أحد المتعاقدين بغير ما عقد له المجلس ، أو ما هو دليل الأعراض .

ويبطل الإيجاب أيضاً برجوع الموجب عن إيجابه قبل صدور القبول ، فلو صدر القبول ورجوع الموجب معاً كان الرجوع أولى . ومما يبطل الإيجاب قبل أن يتصل به القبول ، رجوع أحد المتعاقدين ، أو خروجه عن أهليته ، أو موته ، ولهذا قالوا إن خيار القبول لا يورث تبعاً لمنهج الحنفية في أن الأصل في المنافع والحقوق أنها لا تورث ، كما يبطل بتغير المبيع ، وبقيام أحدهما من المجلس ، وإن لم يذهب على الراجع ، وقيل لا يبطل ما دام في مكانه (بجر) ويبطل بالقيام وإن كان لمصلحة لا معرضاً (قنية) .

* * *

مادة (٦) :

« إذا التقى القبول مع الإيجاب فلا يثبت خيار لأحد المتعاقدين بدون شرط إلا لعب خفي أو عدم أو رؤية » (١) .

(١) ابن عابدين ج ٤ ص ٢١

المذكرة الإيضاحية

إذا اتصل بالإيجاب بالقبول على الوجه الصحيح ترتب على ذلك سقوط خيار المجلس ، ولا يثبت إلا خيار الميب والرؤية ، أو ما يشترطه أحدهما .

شروط انعقاد البيع :

مادة (٧) :

يشترط لانعقاد البيع :

(أ) أن يكون العاقدان أهلاً للتعاقد ، ويتم العقد بعبارة الأب وحده .

(ب) وأن يوافق القبول الإيجاب ، ويتصل به في مجلس العقد .

(ج) وأن يكون المعقود عليه ما لا موجوداً متقوماً مملوكاً مقدور التسليم .^(١)

(١) بدائع الصنائع ج ٥ ص ١٣٥ إلى ١٤٨ ابن هابدين ج ٤ ص ٣ - ٦

المذكرة الإيضاحية

تقدم في المادة (٢) بيان معنى الانعقاد . . . والشروط المذكورة في نص هذه المادة :

(١) بعضها يرجع إلى العاقد وهي : أهلية التعاقد وتحقيق العقل أو التمييز فلا ينعقد بيع مجنون وصبي غير مميز .

ولا يشترط البلوغ فلو باع للصبي المميز مال نفسه ينعقد موقوفا على إجازة وليه ، وعلى إجازة نفسه بعد البلوغ ، والبلوغ ليس شرطا للتنفيذ في الجملة حتى لو توكل عن غيره بالبيع والشراء ينفذ تصرفه .

ويشترط التعدد في العاقد ، فلا يصلح الواحد عاقدا من الجانبين في البيع إلا إن كان أبا يبيع مال نفسه من ابنه الصغير بمثل قيمته ، أو بما يتغابن الناس فيه عادة ، أو وصيا إن كان في تصرفه نفع للصغير خلافا لمحمد .

(ب) وبعضها يرجع إلى نفس العقد ، وهي : أن يكون القبول موافقا للإيجاب ، بأن يقبل المشتري ما أوجبه البائع بما أوجبه ، فإن خالفه بأن قبل غير ما أوجبه ، أو بعض ما أوجبه ، أو بغير ما أوجب به ، أو ببعض ما أوجب به ، لا ينعقد من غير إيجاب آخر موافق . إلا إذا كانت المخالفة لصالح الموجب ، فينعقد العقد ، ولا يجب إلا المتفق عليه . وقد سبق ذلك في شرح المادة (٤) ، وفي شرح المادة (٥) بيان لاتحاد المجلس .

(ح) وبعضها يرجع إلى العقود عليه وهي :

١ — أن يكون مالا متقوما ، لأن البيع مبادلة مال بمال ، والمراد بالمال ، ما يعيل إليه الطبع ويمكن ادخاره لوقت الحاجة ، والمالية تثبت بتمول الناس كافة أو بعضهم والتقوم يثبت بها وبإباحة الانتفاع به شرعا ، فإباحة بلا تمول لا يكون مالا كحبة خنطة ، وما يتمول بلا إباحة الانتفاع لا يكون متقوماً كالحجر ، وإذا عدم الأمران لم يثبت واحد منهما كالدلم (بحر ملخصا عن الكشف الكبير) .

وحاصله : أن المال أعم من المتمول ، لأن المال ما يمكن ادخاره ولو غير مباح كالحجر والمتقوم ما يمكن ادخاره مع الإباحة ، فالحجر مال لا متقوم ، فلذا فسد البيع بجعلها ثمنا ، وإنما لم ينقذ أصلا بجعلها مبيعا ، لأن الثمن غير مقصود ، بل وسيلة إلى المقصود ، إذ الانتفاع بالأعيان لا بالأثمان ، ولهذا اشترط وجود المبيع دون الثمن ، فهذا الاعتبار صار الثمن من جملة الشروط بمنزلة آلات الصانع (وتمام تحقيقه في فصل النهي من التلويح) ومن هذا قال في البحر : ثم اعلم أن البيع وإن كان مبنيا على البدلين لكن الأصل فيه البيع دون الثمن ، ولذا تشترط للقدرة على المبيع دون الثمن ، وينفسخ بهلاك المبيع دون الثمن .

٢ — وأن يكون موجودا ، فلا ينقذ بيع المعدم كالحجر والزرع قبل ظهورهما ، وماله خطر المدم كالحمل في بطن الدابة ، واللبن في ضرعها ، ورخص في السلم .

٣ - وأن يكون مملوكا للبائع عند البيع ، فإن لم يكن انعقد ، وإن ملكه بعد ذلك بوجه من الوجوه إلا السلم خاصة ، لأنه يبيع ما ليس عنده ، وقد نهى - النبي صلى الله عليه وسلم - عن بيع ما ليس عند الإنسان ورخص في السلم ، وهذا الشرط فيما يبيعه بطريق الأمانة عن نفسه ، فأما ما يبيعه بطريق النيابة عن غيره ، فإن كان البائع وكيلًا وكفيلًا فليس بشرط أن يكون المبيع مملوكا للبائع ، وإن كان فضوليا فليس الملك بشرط لانعقاد البيع بل هو من شرائط النفاذ ، إذ يبيع الفضولي يكون منعقدا موقوفا على إجازة المالك فلئن أجاز نفذ ، وإن رد بطل .

٤ - ومنها أن يكون مقدور التسليم وقت العقد ، فإن كان غير مقدور التسليم عنده لا انعقد وإن كان مملوكا له ، كبيع البعير الشارد . خلافا للكرخي في جواب ظاهر الروايات ، حتى لو ظهر يحتاج إلى تجديد الإيجاب والقبول ، إلا إذا تراضيا فيكون بيعا مبتدأ بالتعاطى ، فإن لم يراضيا وامتنع البائع عن التسليم ، لا يجبر على التسليم ، ولو سلم وامتنع المشتري من القبض لا يجبر على القبض .

البيع النافذ :

مادة (٨) :

« يشترط لنفاذ البيع أن يكون للعاقد ذا ولاية على إنشاء العقد ، وألا يكون في المبيع حق لغير البائع »^(١) .

(١) بدائع الصنائع ج ٥ ص ١٤٨ إلى ١٥٥

المذكرة الإيضاحية

شرط النفاذ : هو مالا يثبت الحكم بدونه ، وإن كان ينقصد التصرف بدونه .

ولنفاذ البيع شروط تضمنها نص المادة وهى : الملك أو الولاية وألا يكون فى المبيع حق لغير البائع .

١ — فاشترط الملك أو الولاية يترتب عليه عدم نفاذ بيع الفضولى ، لانعدام الملك والولاية ، وإن كان ينقصد موقوفا على إجازة المالك ، فإن أجاز نفذ ، وإلا بطل ولبيع الفضولى وشرائه شروط تذكر عند الكلام عليه .

والولاية : إما ذاتية — وهى ولاية الشخص البالغ للعاقل على ماله .

أو متعديّة — وهى ولايته على غيره . وهذه الولاية قد يكون مصدرها المالك نفسه ، كولاية الوكيل والوصى المختار . وقد يكون مصدرها الشرع ، كولاية الأب والجد والوصى ، أو من له الولاية العامة كتولية للقاضى . . .

وتفصيل الكلام عن الولاية يأتى فى باب الولاية . . .

٢ — واشترط ألا يكون فى المبيع حق لغير البائع ، لأنه لو تعلق به حق لغير لا ينقصد كالمرهون والمستأجر ، وإن وقع البيع هل يكون فاسدا ، أم صحيحا موقوفا ؟ الصحيح أنه موقوف ، لأن ركن

لبيع صدر من أهله مضافا إلى مال متقوم مملوك له مقدور التسليم
من غير ضرر يلزمه .

مادة (٩) :

« شرط لصحة البيع معرفة قدر المبيع والتمن ووصفهما ،
إذا لم يقعا تحت نظر المتعاقدين ، وتكفي الإشارة فيما يقع
تحت نظرهما » (١) .

المذكرة الإيضاحية

المراد بمعرفة القدر والوصف : ما ينفي الجهالة الفاحشة ، وذلك
بما يخص المبيع عن نظائره ، وهذا يكون بالإشارة إليه إذا كان
حاضرا في مجلس العقد وإلا في بيان مقداره مع بيان وصفه لو كان من
المقدرات : كبعثك كيلة من حنطة بلدية مثلا ، بشرط كونه في
ملكه ، أو بيان مكانه الخاص : كبعثك ما في هذا البيت ، أو ما في
حقيقتي ، أو باضافته إلى البائع : كبعثك دابتي أو سيارتي ولا دابة
ولا سيارة له غيرها ، أو بيان حدود أرضه إن كان عقارا ، فبيان

(١) ابن عابدين ج ٤ ص ٢٢ ، ٢٣ .

ذلك تنتفي الجهالة الفاحشة عن المبيع ، ولا ضرر من بقاء الجهالة اليسيرة التي لا تنافي صحة البيع ، لارتفاعها بثبوت خيار الرؤية ، فإن خيار الرؤية إنما يثبت بمد صحة البيع ، لرفع الجهالة اليسيرة ، لا لرفع الجهالة الفاحشة التي تنافي صحة البيع .

واشترط تعيين المعقود عليه قدرا ووصفا ، يانا دافعا للجهالة ، إنما يكون في حالة عدم وجود المبيع والتمن تحت نظر المتعاقدين ، أما لو كانا موجودين تحت نظرهما فتكفي فيهما الإشارة لاكتفاء الجهالة بها .

وإذا كان أحد المتعاقدين غير مبصر ، لزم لتعيين المبيع والتمن ما يحقق له العلم النافي للجهالة .

والاكتفاء بالإشارة يكون فيما إذا لم يكن المشار إليه ربويا قوبل بمجنسه أو سلما اتفاقا ، أو رأس مال سلم ، إذا كان قليلا أو موزونا ، فلا تكفي فيها الإشارة خلافا للصاحبين (وسيأتي بيان ذلك في بابي الربا والسلم) .

البيع اللازم

مادة (١٠)

« يشترط للزوم البيع خلوه من الخيارات ، (١) .

(١) بدائع الصنائع ج ٥ ص ١٣٥ ، ٢٢٨

المذكرة الإيضاحية

شرط اللزوم : هو مالا يلزم البيع بدونه ، وإن كان قد يشترط وينفذ بدونه وحتى يلزم البيع يشترط أن يكون خاليا عن الخيارات التي منها : خيار التعمين وخيار الشرط ، وخيار العيب ، وخيار الرؤية ، فلا يلزم البيع مع أحد هذه الخيارات .

* * *

حكم البيع

مادة (١١)

« حكم البيع ثبوت الملك في البديلين »^(١)

المذكرة الإيضاحية

ثبوت الملك في البديلين - ومعناه انتقال ملكية المبيع إلى المشتري ، وملكبة الثمن إلى البائع - هو الحكم الأصلي للبيع ، ويتبع ذلك وجوب تسليم المبيع والثمن وثبوت الشفعة في العقار ، ونحو ذلك من الحقوق التابعة لحكم العقد .

* * *

(١) ابن طابدين ج ٤ ص ٦ ، بدائع الصنائع ج ٥ ص ٢٣٣ .

بيع المكره

مادة (١٢)

- (أ) بيع المكره منعقد وليس بلازم ، والمكره
الامضاء أو الفسخ ، ولا يبطل حق الفسخ بموت أحد العاقلين
(ب) إن قبض المشتري المبيع ملكه وتلزمه قيمته .
(ج) وإن قبض المكره الثمن أو سلم المبيع طوعاً لزم البيع
وإن قبضه مكرهاً لا يلزم وعليه رده ، ولا يضمن إن هلك
في يده لأنه أمانة^(١) .

المذكرة الإيضاحية

الإكراه لغة : حمل الإنسان على شيء يكرهه .
وشرعاً : فعل يوجد من المكره (بكسر الراء) فيحدث
في المحل (المكره) معنى يصير به مدفوعاً إلى الفعل
الذي طلب منه .

(١) ابن عابدين ج ٤ ص ٧ ، ج ٨٣ ، ٨٤ ، ٨٥ (باب الإكراه) .

والبيع بالإكراه ينقذ ولكنه ليس بلازم ، والمكره فسخ ما عقد ، ولا يبطل حق الفسخ بموت أحدهما (أى المكره والمكره) فيقوم ورثة كل مقامه كورثة المشتري ، ولا بموت المشتري ، ولا بالزيادة المنفصلة ، وتضمن هذه الزيادة بالتعدي ، وكذا الزيادة المتصلة المتولدة كالسمن ، وأما غير المتولدة كصبغ وخباطة ثوب فتمنع الاسترداد إلا برضا المشتري ، وكذا لا يبطل حق الفسخ لو فعل المشتري في المبيع فعلا ينقطع به حق المالك ، كما لو كان حنطه فطحنها ، ويسترد المبيع وإن تداولته الأيدي ؛ لأن الاسترداد فيه لحقه لا لحق الشرع ، وله إمضاءه ؛ لأن الإكراه الملجئ ، وغير الملجئ يعدمان الرضا ، والرضا شرط لصحة العقد ولزومه ، فلذا صار له حق الفسخ والإمضاء . وإن قبض المشتري المبيع بالإكراه ملكه ، وكل تصرف منه في المبيع لا يمكن نقضه يصح وتلزمه القيمة ، كما لو كان خبزاً فأكله ، وكل تصرف منه يمكن نقضه لا يصح كالبيع والهبة والصدقة .

وقبض المكره الثمن أو تسليمه المبيع طوعاً يترتب عليه نفاذ البيع بمعنى لزومه ، لأن عقود المكره نافذة ، والمعلق على الرضا والإجازة هو اللزوم لانفاذه ، إذ اللزوم أمر وراه النفاذ .

وإن قبضه مكرهاً لا يلزم ، ورده إن بقي في يده لفساد العقد ، وإن هلك الثمن في يده لا يضمنه لأنه أمانة ؛ لأخذه بإذن المشتري .

* * *

بيع الهازل :

مادة (١٣)

« بيع الهازل لا ينعقد »^(١)

المذكرة الإيضاحية

الهزل في اللغة : اللعب .

وفي الإصطلاح : هو أن يراد بالشيء ما لم يوضع له ، ولا ما صح له اللفظ استعارة .

والهازل يتكلم بصيغة المقد مثلاً باختياره ورضاه ، لكنه لا يختار ثبوت الحكم ولا يرضاه ، والاختيار هو القصد إلى الشيء وإرادته ، والرضا هو إثاره واستحسانه ، فالمكره على الشيء يختاره ولا يرضاه ، وشرط تحقق الهزل واعتباره في التصرفات : أن يكون صريحاً باللسان مثل أن يقول : إني أبيع هازلاً ، ولا يكتفى بدلالة الحال ، إلا أنه لا يشترط ذكره في العقد ، فيكفي أن تكون المواضعة — وهي أن يتفقا على شيء ويظهرا خلافه — سابقة على العقد . وهو ثلاثة أقسام : لأنه إما أن يكون الهزل في أصل العقد ، أو في قدر الثمن ، أو جنسه .

(١) ابن عابدين ج ٤ ص ٧ ، ٢٥٥ .

قال في المنار : فإن تواضعا على الهزل بأصل البيع ، واتفقا على البناء (أى بناء العقد على المواضعة) يفسد البيع ، لعدم الرضا بالحكم ، فصار كالبيع بشرط الخيار المؤبد (أى فلا يملك بالقبض) .

وإن اتفقا على الإعراض ، بأن قالوا - بعد البيع - : قد أعرضنا وقت البيع عن الهزل إلى الجدد ، فالبيع صحيح والهزل باطل .

وإن اتفقا على أنه لم يحضرهما شيء عند البيع من البناء أو الإعراض ، أو اختلفا في البناء على المواضعة ، والإعراض عنها ، فالعقد صحيح عند أبي حنيفة في الحالين لجعل صحة الإيجاب أولى لأنها الأصل ، وخالفه المصاحبان لأنهما اعتبرا المواضعة إلا أن يوجد ما يناقضها .

* * *

الثلث

مادة (١٤)

الثلث ما تراضى عليه المتعاقدان في مقابلة المبيع سواء زاد على القيمة أو قل .

والقيمة هي ما قوم به الشيء من غير زيادة ولا نقصان ،^(١)

* * *

مادة (١٥)

« يكون البيع بثلث حال ، ويجوز بثلث مؤجل إلى أجل »

(١) ابن هابدين ج ٤ ص ٥٣ .

معلوم إذا كان الثمن ديناً ، أو بخلاف جنس المبيع ، ولم
يجمعهما قدر ، ^(١) .

المذكرة الإيضاحية

الأصل في الثمن أن يكون حالاً ، لأن الحلول مقتضى للعقد وموجبه ،
والأجل لا يثبت إلا بالشرط ، وقيد بالثمن لأن تأجيل المبيع المعين
لا يجوز ويفسده (بحر) .

والثمن قد يكون نقوداً ، أو سلفاً ، أو مقدرات . ويلاحظ أن كلا
من النقيدين ثمن أبداً ، والعين الغير مثلي مبيع أبداً ، وكل من المكيل
والموزون الغير النقد ، والعددي المتقارب إن قوبل بكل من أى النقيدين
كان مبيعاً ، أو قوبل بعين ، فإن كان ذلك المكيل والموزون المتقارب
متعيناً كان مبيعاً أيضاً ، وإن كان غير معين . فإن دخل عليه حرف
الباء مثل : اشتريت هذا الشيء بكيلة حنطة كان ثمناً ، وإن استعمل
استعمال المبيع كان سلماً ، مثل : اشتريت منك كيلة حنطة بهذا القدر
من المال ، فلا بد من رعاية شرائط السلم (غرر الأذكار) .

وكما يصح البيع بالثمن الحال يصح بالثمن المؤجل بشرط أن
يكون الأجل معلوماً ، لأن جهالة الأجل تفضي إلى النزاع في التسلم

(١) ابن تالدين : ج ٤ ص ٢٢ ، ٢٦ .

والتسليم ، وأن يكون البيع بضمن دين ، فلو بعين فسد (فتح) والمراد بالدين : ما يصح أن يثبت في الذمة سواء كان تقدماً أو غيره ، وبالعين ماقابله ، وأن يكون البيع بخلاف جنسه ولم يجمعهما قدر أو كان بخلاف جنسه وجمعهما قدر ، فإنه لا يصح التأجيل لما فيه من ربا النسئة .

مادة (١٦)

« يصرف الأجل إلى العرف إذا كان الثمن مؤجلاً ولم يسم الأجل »^(١) .

المذكرة الإيضاحية

لو كان البيع بضمن مؤجل بلا بيان مدة ، بأن قال : بعثك بدرهم مؤجل ، صرف الأجل إلى شهر ، لأن المهود في الشرع : في السلم واليمين في « ليقضين دينه آجلاً » (بحر) وبه يفتى ، ولأن العرف جرى على ذلك . وعند البعض صرف الأجل لثلاثة أيام (بحر عن شرح المجمع) قال ابن عابدين : ويشكل على القولين أن شرط صحة

(١) ابن عابدين ج ٤ ص ٢٤ .

التأجيل أن يعرفه العاقدان . ولذا لم يصح البيع بضمن مؤجل إلى النيروز
والمهرجان وصوم النصارى ، إذا لم يعلمه العاقدان (وسيأتى بيان ذلك
فى البيع الفاسد :

تنبيه :

لما كان هذا التقدير فى رأى الأول مبناه على العرف ، وقد
اختلف العرف فى عصرنا ، وشان العرف الاختلاف فى كل عصر ،
فقد رأت اللجنة (لجنة المراجعة) أن يراعى العرف الحاضر تطبيقاً
لما جرى عليه الفقهاء فى عصرهم .

* * *

مادة (١٧)

« إذا اختلف المتعاقدان فى أصل الأجل فالقول لمن يتفيه ،
وإذا اختلفا فى قدره فالقول لمدعى الأقل ، والبينة فيهما
للمشتري ، وإن اختلفا فى انتهاء الأجل ، فالقول والبينة
للمشتري » (١) .

المذكرة الإيضاحية

إذا اختلف البائع والمشتري فى الأجل ، فالقول لمن ينفى الأجل ،

(١) ابن عابدين ج ٤ ص ٢٣ ، ٢٤

وهو البائع ، لأن الأصل عدم التأجيل إلا في السلم فإن القول لمثبت
الأجل ، لأن نافيته يدعى فساداً بفقد شرط صحته وهو التأجيل ،
ومدعيه يدعى صحته بوجوده ، والقول لمدعى الصحة (وبه يفتى) .

ولو اختلفا في مقدار الأجل ، فالقول لمدعى الأقل لإنكاره
الزيادة والبيينة في المسألتين للمشتري ، لأنه يثبت خلاف الظاهر
والبيّنات للإثبات .

ولو اختلفا في انتهاء الأجل ، فالقول والبيينة للمشتري ، لأنهما
لما اتفقا على الأجل ، فالأصل بقاءه ، فكان القول للمشتري في عدم
انتهائه ، ولأنه منكر توجه المطالبة ، وأما تقدم بينته على بينة البائع ،
فعلة في البحر عن الجوهرية ، بأن البيينة مقدمة على الدعوى اهـ .
وهو مشكل فإن شأن البيينة إثبات خلاف الظاهر ، وهو هنا دعوى
البائع على أن بينة المشتري على عدم المضي شهادة على النفي ، وقد يجاب
عن الثاني بأنه إثبات في المعنى ، لأن المعنى أن الأجل باق ، وحينئذ
فوجه تقديم بينته كونها أكثر إثباتاً ، ويدل له ما سيأتى في السلم ،
من أنهما لو اختلفا في مضي الأجل فالقول للمسلم إليه يمينه ، وإن
برهننا بينته أولى ، وعلة في البحر بإثباتها زيادة الأجل قال : فالقول
قوله والبيينة بينته .



مادة (١٨)

« يبطل الأجل بموت المشتري لا البائع »^(١).

المذكرة الإيضاحية

التأجيل لصالح المشتري ، وفائدته أن المدين قد يتجر فيؤدي الثمن من ثناء المال ، فإذا مات المشتري تمين المتروك من أمواله لقضاء الدين فلا يفيد التأجيل .

ولو مات البائع لا يبطل الأجل (بحر عن شرح المجمع) .

مادة (١٩)

« يبدأ الأجل من وقت تسليم المبيع إذا كان البيع باتاً ، وإن كان بالخيار وقت سقوط الخيار »^(٢).

المذكرة الإيضاحية

(١) إذا كان الثمن مؤجلاً ، يبدأ الأجل من وقت تسليم المبيع

(١) ابن عابدين ج ٤ ص ٢٤

(٢) ابن عابدين ج ٤ ص ٢٦

إذا كان البيع باتاً ، ومدة الأجل إما أن تكون : منكراً ،
أو معينة .

فإن كانت منكراً ومنع البائع السلعة عن المشتري كان للمشتري
مدة أخرى من وقت تسلم المبيع تحصيلها لفائدة التاجيل ، وهي
التصرف في المبيع وإيفاء الثمن من ربحه مثلاً .

أما إذا كانت المدة معينة فليس للمشتري الحق في طلب مدة
أخرى ، لأنه لما عين الأجل تعين حقه فيما عين فلا يثبت في غيره .
وكذلك الحكم إذا لم يمنع البائع السلعة عن المشتري ، وهذا
بالاتفاق لأن الإهمال من المشتري .

(ب) وإن كان البيع بالخيار ، فابتداء الأجل عند أبي حنيفة
يكون من وقت سقوط الخيار ، لأن ذلك وقت استقرار البيع .

مادة (٢٠) :

« الثمن المسمى قدره لا وصفه ينصرف إلى غالب نقد بلد
المقد وقت التعاقد »^(١)

(١) ابن عابدين ج ٤ ص ٢٧ ، ٢٨

المذكرة الإيضاحية

إذا اتفق البائع والمشتري على مقدار الثمن ، ولم يتعرضا لوصفه اعتبر غالب نقد بلد العقد ، لأن المعتبر هو مكان العقد ؛ نظر الاختلاف مالية البلاد كسادا ورخصاً ، وكما يعتبر المكان ، يعتبر زمن العقد أيضاً ، ولا يعتبر زمن الإيفاء ؛ لأن القيمة فيه مجهولة وقت العقد .
وإذا كان في البلد نقود مختلفة ، فإما أن يكون .

١ — الاختلاف في المالية والرواج :

٢ — أو في المالية دون الرواج .

٣ — أو الرواج دون المالية .

٤ — أو لا يكون في شيء منهما بل في مجرد الاسم كالمصري

والدمشقي ؛

فإن كان الأول جاز للبيع وانصرف إلى الأروج :

وإن كان الثاني لا يجوز ؛ لأن الجهالة توقعهما في المنازعة

المانعة من التسليم والتسلم .

وإن كان الثالث يجوز وينصرف إلى الأروج تحريماً للخواز .

وإن كان الرابع فكذلك يجوز لأن الجهالة ليست موقعة

في المنازعة المانعة من التسليم والتسلم .

بيع الجزاف :

مادة (٢١)

« يصح البيع مكابلة ، ويصح مجازفة إذا كان بخلاف جنسه ، أو بجنسه ولم يجمعهما قدر ، كما يصح بما لا يعرف مقداره من كيل أو وزن ،^(١) .

المذكرة الإيضاحية

المكايلة : أن يكيل البائع للمشتري ، ويكيل المشتري له ، ويبيع الطعام والحبوب مكايلة جائز سواء كان البيع بجنسه ، أو بخلاف جنسه .

والمجازفة : بيع الطعام والحبوب بلا كيل ولا وزن .
فإن كان المبيع شيئاً لا يدخل تحت الكيل بان كان قليلاً جاز بيعه مجازفة إذ لاربا فيه .

وإن كان مما يدخل تحت الكيل فإنه يجوز إذا كان البدلان مختلفي الجنس ، أما إذا اتحد الجنس فلا يجوز مجازفة ، لاحتمال التفاضل (الزيادة) وهذا يؤدي إلى الربا ، إلا إذا ظهر تساويهما في القدر فإنه يجوز .

(١) ابن عابدين ج ٤ ص ٢٨ ، فتح القدير ج ٣ ص ٨٥ ، ٨٦

والبيع بإثاء وحجر لا يعرف مقدارها صحيح ، وهو من بيع المجازفة ، والبيع بهما جائز غير لازم ، وللمشتري الخيار (خيار كشف الحال) . وإنما جاز البيع ، لأن الجهالة المانعة هي التي تقضى إلى المنازعة ، والجهالة هنا ليست كذلك ، لأن التسليم في البيع متعجل وصحة البيع ، مقيدة بالتعجيل فيبدر هلاك كل منهما قبل التسليم .

ويشترط لبقاء عقد البيع على الصحة ، بقاء الإثاء والحجر على حالهما ، فلو تلفا قبل التسليم فسد البيع ، لأنه لا يعلم مقدار ما باعه منه .

ويشترط أيضاً ألا يَحتمل الإثاء النقصان ، بأن كان لا ينقص ولا ينكس كأن يكون من خشب أو حديد . فإن ينقبض أو ينكس كالزنبيل والجوالق فلا يجوز إلا في قرب الماء استحساناً للتعامل خلافاً لأبي حنيفة .

وألا يَحتمل الحجر النفقة وهذا مروى عن أبي يوسف حتى لا يجوز بوزن هذه البطيخة لأنها تنقص بالجفاف ، وعول بعضهم على ذلك ، وليس بىء ، فإن البيع بوزن حجر بعيه لا يصح إلا بشرط تعجيل التسليم ، ولا جفاف يوجب نقصاناً .

فإن احتل الحجر النفقة لم يجز البيع .

بيع المثلّي والقيمي :

مادة (٢٢) :

« إذا لم تختلف قيمة المكيّل أو المعدود المتقارب أو الموزون ، وكان من جنس واحد يصح البيع فيما عين قدره وثمنه .

ويصح في الكل إذا عين مقداره أو ثمنه » ^(١) .

المذكّرة الإيضاحيّة

المكيّل أو الموزون أو المعدود إذا لم تختلف قيمته . اذا سمى البائع لكل قدر من الكيل أو العدد أو الوزن ثمناً ، بأن قال مثلاً : فيما إذا كان المبيع مكيلاً — كل أردب من هذا اللقمع بخمسة جنيهات ، فإنه يصح البيع فيما سمى قدره وثمنه ، وهو الإردب دون غيره . وللمشتري الخيار ، لتفرق الصفقة عليه ويسمى « خيار كشف الحال » وليس للبائع خيار (نهر) « وفي البحر » ولم يذكر الخيار على قول أبي حنيفة ، قالوا وله الخيار في الواحد ، كما إذا رأى ولم يكن رآه

(١) ابن عابدين ج ٤ ص ٢٨ ، ٢٩

وقت البيع ثم نقل عن «غاية البيان» أن لكل منهما الخيار قبل الكيل ،
وذلك لأن الجهالة قائمة ، أو لتفرق الصفقة ، ثم قال : وصرح في البدائع
بلزوم البيع في الواحد وهو الظاهر ، وعند الصاحبين (أبو يوسف
ومحمد) البيع في الكل لازم ولا خيار .

وإذا عين المقدار بأن قال مثلاً : هذه عشرون أردباً من القمح
أيها كل أردب بخمسة أو ممي ثمن الجميع فإنه يصح البيع في الكل
إن كيلت في المجلس . لزوال المفسد . وهو جهالة الثمن قبل ثبوته
بانقضاء المجلس ، ولا خيار له إن كانت التسمية عند العقد ، أما إن
كانت بعد العقد فله الخيار عند الصاحبين ، وبه يفتى ، فإن رضى
المشتري يلزم البيع بلا رضا البائع .

مادة (٢٣) :

« يصح البيع في كل المبيع إذا كان معدوداً متفاوتاً
أو في تبعيضه ضرر ، سواء سمي العدد أو جملة الثمن ، أو سمي
لكل عدد أو جزء ثمن » (١) .

(١) ابن عابدين ج ٤ ص ٣٠ ، ٣١ ، وفتح القدير ج ٥ ص ٩٠

المذكرة الإيضاحية

المعدود المتفاوت كالغنم ، إذا بيع من غير أن تذكر جملة العدد أو جملة الثمن ، ومضى لكل عدد أو جزء ثمن ، يفسد بيعه في المسمى وفي الكل ، مثاله : رجل عنده قطع غنم باعه كل شاه بدرهم ، فالبيع فاسد في الجميع عند أبي حنيفة ، وكان المفروض أن يصح البيع في الواحد قياساً على المكيل ، إلا أن التفاوت يوجد بين الأشياء ، وفي ذلك جهالة تقضى إلى المنازعة بخلاف المكيلات . وإن علم عدد الغنم في المجلس لم ينقلب صحيحاً عنده على الأصح . ولو رضيا انعقد بيعاً بالتعاطي .

ويدخل في هذا الحكم ما يباع بالذراع كالثياب ، وما في تبعيته ضرر كالأواني والمصوغ .

ولو مضى في صلب العقد عدد الغنم أو الذرع أو جملة الثمن صح البيع اتفاقاً .

وعند أبي يوسف ومحمد البيع جائز في الكل ، لأن الجهالة بيد المتعاقدين إزالتها ، والجهالة التي هي كذلك لا تقضى إلى المنازعة ، وبقولهما يفتى تيسير الناس .

(وقد أخذت اللجنة برأى أبي يوسف ومحمد)

« إذا كان المكيل أو الموزون معلوم المكيل أو الوزن ،
والثمن ، ولم يكن في تبغيضه ضرر ثم ظهر أنه أقل أو أكثر ،
فالمشتري الخيار بين أخذ الأقل بحصته من الثمن أو الفسخ ،
وما زاد فللبائع » (١) .

المذكرة الإيضاحية

مثال ذلك ، باع قدرا من القمح على أنه مائة قدح بمائة درهم ،
وعند الكيل وجداها كما حددا تم البيع .

وإن وجداها أقل كان للمشتري الخيار : بين أخذ الموجود بحصته
من الثمن ؛ لأن الثمن ينقسم بالأجزاء على أجزاء المبيع المتلى ، وبين
الفسخ ، لتفرق الصفقة الموجب لانتفاء البيع بانتفاء الرضا .

وإن وجداها أكثر ، فالزائد للبائع ، لأن البيع وقع على قدر
معين وهو المائة ، فما زاد عليه لم يدخل في العقد ، وكل ما وقع على مقدار
معين لا يتناول غيره ، إلا إذا كان وصفاً ، وللقدر الزائد على المقدار
المعين ليس بوصف ، فالبيع لا يتناوله ، فكان حقاً للبائع ، لا يجب عليه

(١) ابن عابدين ج ٤ ص ٣١ ، ٢٢ ، فتح القدير ج ٥ ص ٩١ ، ٩٢

تسليمه ، إلا باعتبار كونه صفقة على حدة ، وكان كل من العاقلين
مخيراً فيها ، إن شاء باشرها وإن شاء تركها .

مادة (٢٥)

« إذا بيع عدد محدد من القيمي ، ثم ظهر أنه أقل
أو أكثر يفسد البيع ، وإن بين ثمن كل من القيمي ونقص
العدد ، خير المشتري بين أخذ الأقل بقيمته أو الترك ، وإن
زاد فسد البيع »^(١) .

المذكرة الإيضاحية

إذا قال البائع للمشتري : بعت لك ما في هذا الصندوق على أنه
عشرة أثواب بمائة جنيه ، أو قال له : بعت لك ما في هذه الحظيرة
من الغنم على أنه مائة بكذا من المال ، ولم يحدد لكل ثوب أو رأس
من الغنم ثمناً ، فنقص العدد أو زاد فسد البيع .

أولاً : لجهالة الثمن في النقصان ؛ لأنه لا تنقسم أجزاءه على
أجزاء المبيع القيمي فلم يعلم للثوب الناقص ، أو للرأس من الغنم

(١) ابن عابدين ج ٤ ص ٣٣ ، ٣٤

الناقصة حصة معلومة من الثمن المسمى لينقص ذلك القدر منه ، فكان الناقص من الثمن قدرا مجهولا ، فيصير الثمن مجهولا .

وثانياً : لجهالة المبيع في فصل الزيادة ؛ لأنه يحتاج إلى رد الزائد فيتنازعان في المردود .

أما لو حدد اسكل ثوب أو رأس ثمنا ، بأن قال مثلاً : عشرة أثواب بمائة جنيه كل ثوب بعشرة ، ونقص ثوب صح البيع في الباقي بحصة من الثمن ، وخير المشتري بين أخذه أو الترك ؛ اتفرق الصفقة ، وإن زاد ثوب فسد لجهالة المزيد ، فتقع المنازعة في تعيين العشرة المببوعة من الأحد عشر (نهر) . ولو رد الزائد أو عزله عن المبيع هل يحل له الباقي ؟ روى عن محمد أنه إن كان البائع غائباً يعزل الزائد ويستعمل الباقي وهذا استحسان أخذ به محمد نظراً للمشتري ؛ لأنه عند غيبة البائع يلزم الضرر على المشتري بعدم الانتفاع بالمبيع حين حضور البائع ، وربما لا يحضر أو تطول غيبته وإن كان البائع حاضراً فلا مكان للعزل ؛ لأنه يمكن تجديد العقد .

* * *

ما يدخل في البيع تبعا وما لا يدخل :

مادة (٢٦)

د كل ما يتناوله اسم المبيع عرفاً ، أو كان متصلاً به

اتصال قرار يدخل في البيع تبعاً بلا ذكر ، ولا يقابله شيء
من الثمن ،^(١) .

المذكرة الإيضاحية

تضمنت هذه المادة أن هناك أشياء تدخل في البيع تبعاً بلا ذكر
دون أن يقابلها شيء من الثمن .

وبنيت هذه المادة على قاعدتين :

١ — كل ما هو متناول اسم المبيع عرفاً .

٢ — كل ما كان متصلاً بالمبيع اتصال قرار، وهو ما وضع لأجل
ألا يفصل .

وبناء على ذلك يدخل في بيع الدار : البناء ، والمفاتيح المتصلة
أغلقها ، والسلّم المتصل والعلو ، والكنيف ،^١ والسريّر ، والرحى
— لو أسفلها مبنياً — والبكرة . لا الدلو ، والجبل ما لم يقل
يمرافها فيدخلان ، والحجارة المخلوقة ، والمثبتة في الأرض والدار
لا المدفونة .

وفي الذخيرة : الأصل أن ما لا يكون من بناء الدار ، ولا متصلاً
بها لا يدخل ، إلا إذا جرى العرف بأن البائع لا يمنعه عن المشتري .

(١) ابن عابدين ج ٤ ص ٣٤ ، ٣٥ ، ٣٦

ويدخل في بيع الأرض الشجر منمر أو غير منمر ، لاتصاله بها اتصال قرار ، إلا اذا كان يابساً ، فلا يدخل ، لأنه على شرف القطع .

ولا يدخل الزرع مع اتصاله ، لأنه متصل على ان ينفصل .
وقد يدخل بعض المنقول المنفصل ، إذا كان تبعاً للمبيع بحيث لا ينتفع به إلا به ، فيصير كالجزء ، كولد البقرة الرضيع ، وقد يدخل عرفاً كقلادة الدابة .

ولا يقابل كل هذا شيء من الثمن لكونه كالوصف ، والثمن في مقابلة الأصل والوصف .

* * *

مادة (٢٧)

« ما لا يتناوله اسم المبيع عرفاً ، وليس متصلاً به اتصال قرار ، يدخل في البيع بذكره ، إن كان من حقوق المبيع ومرافقه » (١) .

المذكرة الإيضاحية

المادة السابقة (٢٦) بنيت على قاعدتين بمقتضاها يعرف ما يدخل

(١) ابن هابدين ج ٤ ص ٣٥ ، ٣٨ ، ٣٩

فى البىع تبعاً ، وهذه المادة تضمنت حكم ما ام يندرج تحت هاتين القاعدتين فبنت أن مالا يتناول اسم المبيع ، وليس متصلا به ، إن كان من حقوق المبيع ومرافقه يدخل فى البىع بذكره ، وإن لم يكن كذلك ، لا يدخل وإن ذكره .

والحقوق والمرافق بمعنى واحد ، والحق ما هو تبع للمبيع ، ولا بد له منه ، ولا يقصد إلا لأجله . كالطريق ، والشرب ، والأرض ، فهذه من حقوق المبيع فلا يتناولها البىع إلا بذكرها .

وإن لم يكن من حقوقه لا يدخل ولو ذكر ، فلا يدخل الثمر بشراء شجر ، لأنه وإن كان اتصاله خلقياً فهو للقطع لا البقاء ، إلا إذا قال : بكل ما فيها أو منها ، لأنه حينئذ يكون من المبيع .

وعلى هذا لا يدخل الزرع فى بيع الأرض بلا تسمية إذا نبت وكان له قيمة . أو لم ينبت سواء كانت له قيمة أولا ، أما إذا نبت ولا قيمة له ، فيدخل فى الأصح .

وكذلك لا يدخل الثمر فى بيع الشجر بدون تسمية أيضاً ، ويؤمر البائع بقطعهما وتسليم المبيع وإن لم يظهر صلاحهما ، لأن ملك المشتري مشغول بملك البائع فيجبر على تسليمه فارفاً . وهو المختار . وفى جامع الفضولين ، لا يقطع إن رضى المشتري ببقائه بأجر مثل الأرض .

حقوق المبيع :

مادة (٢٨)

تدخل جميع المرافق بدون ذكر في الإجارة ، والوقف ،
والرهن ، ولا تدخل وإن ذكرت في القسمة إلا برضى صريح ،^(١)

المذكرة الإيضاحية

تقدم في المادة السابقة (٢٧) أن للمرافق تدخل في البيع بذكرها
وهذه المادة أوضحت أن المرافق كالطريق والمسيل إذا لم يكن
في ملك خاص والشرب تدخل في الإجارة ، والوقف والرهن بدون
ذكر ، لأن الإجارة تعقد للانتفاع بعين هذه الأشياء ، ولبيع ليس
كذلك ، فإن المقصود منه في الأصل ملك الرقبة لخصوص الانتفاع ،
بل إما الملك ، أو ليتجر فيها ، أو يأخذ نقضها (نهر)

قال الزيلعي : ألا ترى أنه لو استاجر الطريق من صاحب العين ،
لا يجوز ، يعني اعدم الانتفاع به بدون العين ، فتعين الدخول فيها .
ولا تدخل في القسمة وإن ذكر الحقوق والمرافق إلا برضاً
صريح ، (نهر عن الفتح) .

وحاصل ما في الفتح : أنهما إذا اقتسما ، ولأحدهما على الآخر مسيل

(١) ابن عابدين ج ٤ ص ١٩٩

أو طريق ، ولم يذكر الحقوق لاندخل ، لكن إن أمكن له إحداثها في نصيبه ، فالقسمة صحيحة ، وإلا فلا ، بخلاف الإجارة لأن الأجر إنما يستوجب الأجر ، إذا تمكن المستأجر من الانتفاع ، ففي إدخال الشرب توفير المنفعة عليها ، وإن ذكر الحقوق في القسمة دخلت إن لم يمكنه إحداثها لا إن أمكن إلا برضاً صريح ، لأن المقصود بالقسمة تمييز الملك لكل منهما ، لينتفع به على الخصوص ، بخلاف البيع فإن الحقوق تدخل بذكر وإن أمكن إحداثها ، لأن المقصود منه إيجاد الملك .

بيع الثمر مقصوداً :

مادة (٢٩)

« يصح بيع الثمر على الشجر إن ظهر ، وإن لم يتم نضجه ، ويجبر المشتري على قطعه في الحال ، وإن اشترط البقاء ففسد البيع إلا إذا تناهى نضجه » ^(١) .

المذكرة الإيضاحية

المادتان السابقتان (٢٦ — ٢٧) تضمنتا حكم ما يدخل في البيع تبعاً ، ومنه الثمر على الشجر .

(١) ابن عابدين ج ٤ ص ٣٩ ، ٤٠ ، ٤١

وهذه المادة تضمنت حكم بيع الثمر مقصوداً
فالثمر إن ظهر وبرز سواء ظهر صلاحه أو لاصح بيعه على
الأصح .

قال في الفتح : لاخلاف في عدم جواز بيع الثمار قبل أن تظهر ،
ولا خلاف في عدم جواز بيعه بعد الظهور قبل بدو الصلاح بشرط
الترك ، ولا خلاف في جواز البيع قبل بدو الصلاح بشرط القطع فيما
ينتفع به ، ولا خلاف في الجواز بعد بدو الصلاح .
(وبدو الصلاح أن تؤمن العاهة والفساد) :

فبيع الثمر قبل ظهوره لايصح اتفاقاً ، ولو برز البعض دون
البعض لايصح في ظاهر المذهب ، وأفتى الحلواني بالجواز لو كان
الخارج أكثر (زيلعي) . وقال السرخسي : الأصح أنه لايجوز ،
لأنه لاضرورة هنا ، لأنه يمكن بيع الأصول ، أو يشتري للوجود
بعض الثمن ، ويؤخر العقد في الباقي إلى وقت ظهوره ، أو يشتري
الموجود بجميع الثمن ويباح له الانتفاع بما يحدث منه ، فيحصل
مقصوهما ، فلا ضرورة إلى تجويز العقد في المردوم مصادماً للنص ،
وهو نهى للنبي ﷺ - عن بيع ما ليس عند الإنسان ورخص
في السلم .

نقل هذا ابن عابدين تم قال : وفي هذا الزمن لا يخفى تحقق
الضرورة ، فإن أغلبية الجهل لا يمكن إلزام الناس بالتخلص بأحد
الطرق المذكورة ، وفي نزاعهم عن عادتهم خرج وظاهر كلام الفتح

الميل إلى الجواز ، وروى رواية عن محمد بجواز بيع الورد على الأشجار .

وإذا تم البيع وجب على المشتري قطع النمرة في الحال ، ويجبر على ذلك إذا طلب البائع تفريغ ملكه ، ويفهم من قوله « ويجبر » أنه لا خيار للمشتري في إبطال البيع إذا امتنع البائع عن إبقاء الثمار على الأشجار .

وإن اشترط المشتري بقاء النمر على الشجر فسد البيع ، لأنه شرط لا يقتضيه العقد وهو شغل ملك الغير .

وقال محمد : إذا تناهت النمرة (أى تم نضجها) لا يفسد البيع للتعارف ، فكان شرطاً يقتضيه العقد ، وبه يفتى .

هذا الحكم إذا اشترط المشتري ، ترك النمرة على الشجر ، أما لو اشتراها مطلقاً وتركها بإذن البائع طاب له الزيادة ، وإن كان بغير إذنه تصدق بما زاد في ذاتها ، وإن بعد ماتناها لم يتصدق بشيء .

الاستثناء من العقد :

مادة (٣٠)

« ما جاز إيراد العقد عليه بانفراده صح استثنائه منه » (١).

(١) ابن عابدين ج ٤ ص ٤٢

المذكرة الإيضاحية

إذا استثنى أرتال معلومة من بيع ثمر نخل ، أو شاة معينة من بيع قطع غنم ، فهذا صحيح ، لصحة إيراد المقد على الشاة ، والأرطال المعلومة .

مؤنة تسليم المبيع والتمن :

مادة (٣١)

« ما كان من تمام تسليم المبيع ، فأجرته على البائع ، ووزن التمن وتقده على المشتري ، وتكون على البائع ، إن قبض التمن ورده بعيب الزيادة^(١) » .

المذكرة الإيضاحية

ما كان من تمام تسليم المبيع : كاجرة الكيل ، والوزن ، والعد ، والذرع ، على البائع إذ لا يتحقق تسليم المبيع إلا بكيله ووزنه — الخ ، ومعلوم أن الحاجة إلى هذا ، إذا باع مكابلة

(١) ابن عابدين ج ٤ ص ٤٣

أو موازنة ، إذ لا يحتاج إلى ذلك في بيع المجازفة ، وكذا صب الحنطة في وعاء المشتري فأجرته على البائع .

وأجرة وزن الثمن على المشتري باتفاق ، أما أجرة نقده فكونها على المشتري هو ظاهر الرواية ، وبه كان يفتى الصدر الشهيد وهو الصحيح ، لأنه يحتاج إلى تسليم الجيد ، وتعرفه بالنقد ، كما يعرف المقدار بالوزن .

أما إذا قبض البائع الثمن ثم جاء يردّه بعيب الزياقة ، فإن أجرة النقد على البائع لأنه من تمام التسليم ، وشرط لثبوت الرد ، إذ لا تثبت زياقته إلا بنقده .

...

أجر الدلالة :

مادة (٣٢)

« أجرة الدلال إن باع العين بنفسه ويأذن صاحبها على البائع ، ويعتبر العرف إن سعى بين البائع والمشتري ، وباع المالك بنفسه »^(١) .

(١) ابن عابدين ج ٤ ص ٤٣ ، ٤٤

المذكرة الإيضاحية

الدلال : هو من يقوم بدور الوساطة بين البائع والمشتري لإتمام الصفقة ، فإذا تولى هو البيع بإذن صاحب السلعة ، فأجرته على صاحب السلعة ، وليس له أخذ شيء من المشتري لأنه هو العاقد حقيقة (شرح الرهبانية) وظاهره أنه لا يعتبر للعرف هنا ، لأنه لاوجه له .
أما إن سعى بين البائع والمشتري ، وباع المالك السلعة بنفسه فيعتبر العرف ، فتكون أجرته إما على البائع أو المشتري أو عليهما معا .

...

كيفية التسليم والتسلم :

مادة (٣٣)

« يسلم الثمن أولاً إذا كانت السلعة حاضرة ، وكان الثمن نقداً ، ولم يكن مؤجلاً ولا خيار للمشتري .
فإن كان يبيع السلعة يمثلها أو الثمن بمثلها ساماً معاً » ^(١) .

المذكرة الإيضاحية

بيع السلعة إما يكون بثمن نقدي أو بثلها ، فإن كان بثمن نقدي فعلى المشتري أن يسلم الثمن أولاً للبائع قبل تسلمه المبيع ، ليتعين

(١) ابن عابدين ج ٤ ص ٤٣ ، ٤٤

حق البائع في الثمن ، لأنه قد تعين حق المشتري في المبيع ، فتتحقق المساواة .

وتسليم الثمن أولاً مشروط : بكون السلعة حاضرة ، وكون الثمن حالاً (غير مؤجل) وألا يكون في البيع خيار للمشتري ، لأنه لا يطالب بالثمن قبل حلول الأجل ، ولا قبل سقوط الخيار .

أما في بيع السلعة بمثلها والثمن بمثلها سلماً معاً ، لاستوائهما في التعيين .

...

مادة (٣٤)

« تسليم المبيع أو الثمن يكون بالتخلية على وجه يتمكن معه البائع أو المشتري من القبض بلا مانع ولا حائل »^(١) .

المذكرة الإيضاحية

التسليم في البيع والثمن يكون بالتخلية ، وهي قبض حكماً لو كانت مع القدرة على القبض بلا كلفة وذلك يختلف بحسب حال المبيع ، ففي نحو : حنطة في بيت مثلاً فدفعت المفتاح إذا أمكنه الفتح بلا كلفة قبض ،

(١) ابن عابدين ج ٤ ص ٤٤ ، ٤٥

وفي نحو : دار فالقدرة على إغلاقتها قبض أى بأن تكون فى البلد
 فيما يظهر ، وفي نحو : بقر فى مرعى ، فكونه بحيث يرى ويشار
 إليه قبض ، وفي نحو ثوب ، فكونه بحيث لو مده يده تصل إليه قبض ،
 وفي نحو : فرس أو طير فى بيت ، إمكان أخذه منه بلا معين قبض .
 ويشترط ألا يكون هناك مانع بأن يكون المبيع مفرزاً غير مشغول
 بحق الغير ، وألا يكون هناك حائل ، بأن يكون المبيع فى حضرته .
 وشرط صاحب كتاب الأجناس شرطاً ثالثاً ، وهو أن يقول :
 خليت بينك وبين المبيع فلو لم يقله ، أو قال : خليت وكان بعيداً
 لم يصر قابضاً ، والمراد بالبعد مالا يقدر على قبضه بلا كلفة .

....

حبس المبيع لاستيفاء الثمن :

مادة (٣٥)

« للبائع أن يحبس المبيع حتى يقبض الثمن ، إلا إذا أحيل
 به أو أجله بعد البيع ، أو سلم المبيع للمشتري .
 ولا يسقط حق الحبس بالرهن ، أو بالكفيل ، أو بإبراء
 البائع المشتري عن بعض الثمن »^(١) .

(١) ابن عابدين ج ٤ ص ٤٤

المذكرة الإيضاحية

للبيع حبس المبيع حتى يستوفى كل الثمن من المشتري ، فلو شرط المشتري دفع المبيع إليه قبل نقد الثمن فسد البيع ، لأنه شرط لا يقتضيه المقد .

وقال محمد : فسد البيع لجهالة الأصل ، فلو سمى وقت تسليم الثمن جاز .

وللبائع أيضاً حبس المبيع ولو بقي درهم واحد من الثمن .

ولو كان المبيع شيئين بصفقة واحدة سمى لكل تمناً ، فله حبسهما إلى استيفاء ثمن الكل ، منعاً لتفريق الصفقة .

ولا يسقط حق الحبس بالرهن ، ولا بالكفيل ، ولا بإبراء البائع المشتري عن بعض الثمن حتى يستوفى الباقي .

ويسقط حق الحبس بمحوالة البائع على المشتري بالثمن اتفاقاً مثل : كأن يكون البائع مديناً لرجل فيحصل ذلك الرجل على المشتري فيأخذ دينه من الثمن ، وكذا إذا أحال المشتري البائع بالثمن على رجل عند أبي يوسف ، وعن محمد روايتان سقوط الحبس وعدم سقوطه .

ويسقط الحبس أيضاً بتأجيل الثمن بعد البيع ، وبتسليم البائع المبيع للمشتري قبل قبض الثمن ، فليس له بعد قبض المشتري المبيع

رده إليه . أما لو قبض المشتري المبيع بغير إذن البائع فلا يسقط حق
الحبس ، إلا إذا رأى البائع المشتري وهو يأخذ المبيع ولم يمنعه
من القبض ، لأن في هذه الحالة يكون إذناً منه للمشتري بقبضه .

...

إفلاس المشتري وموته قبل دفع الثمن :

مادة (٣٦)

د إذا مات المشتري مفلساً بعد قبض المبيع وقبل دفع
الثمن ، يكون الثمن ديناً على التركة ، ويتقاسم البائع مع باقي
الدائنين قسمة الغرماء ،^(١) .

المذكرة الإيضاحية

إذا قبض المشتري المبيع ولم يدفع الثمن ومات مفلساً بمعنى أنه
ليس له مال يفي ما عليه من الديون ، سواء فلسه القاضي أو لا ،
فالبائع أسوة للغرماء ، بمعنى أن المبيع لو كان قائماً لا يطالب البائع
به . بل يكون المبيع بينه وبين سائر الغرماء يقسمونه بنسبة مالكل
منهم قبل المشتري .

(١) ابن عابدين ج ٤ ص ٤٦

وإن كان المشتري لم يقبض المبيع ، فالبايع أحق به ، محبسه عنده حتى يستوفي الثمن من مال الميت ، أو يبيعه للقاضي ويدفع له الثمن ، فإن وفى بجميع دين البائع فيها ، وإن زاد دفع الزائد لباقي الغرماء ، وإن نقص فهو أسوة للغرماء فيما بقى له من الثمن :

وليس المراد بكونه أحق به ، أن يأخذه مطلقاً إذ لا وجه لذلك ، لأن المشتري ملكه وانتقل بعد موته لورثته وتعلق به حق غرمائه . وإنما كان أحق من باقي الغرماء ؛ لأنه كان له حق حبس المبيع إلى قبض الثمن في حياة المشتري ، فكذا بعد موته .



هلاك المبيع :

مادة (٣٧)

(أ) إذا هلك المبيع قبل قبضه بآفة سماوية أو بفعل البائع أو المبيع بطل البيع .

(ب) وإن هلك بفعل المشتري فعليه ثمنه إن كان الخيار له أو كان البيع مطلقاً . أو ضمان مثله أو قيمته إن كان الخيار للبائع أو كان البيع فاسداً .

(ج) وإن هلك بفعل أجنبي فالضمان عليه ، وخير المشتري
بين الفسخ والإجازة^(١) .

المذكرة الإيضاحية

لو هلك للبيع بفعل البائع أو المبيع أو بأمر مماوى بطل البيع ،
ويرجع المشتري على البائع بالثمن لو كان قد قبضه .

وإن هلك بفعل المشتري فعليه ثمنه إن كان البيع مطلقاً ، أو كان
الخيار له ، أما لو كان الخيار للبائع أو كان البيع فاسداً لزمه ضمان
مثله إن كان منلياً ، وقيمته إن كان قيمياً .

وإن هلك بفعل أجنبي ، فالمشتري بالخيار ، إن شاء فسخ ويضمن
الجاني للبائع ، وإن شاء أمضى البيع ودفع للثمن ، وطالب الجاني ،
ويحل له ما زاد عما دفعه إن كان الضمان من خلاف الثمن . أما إذا كان
من جنسه فلا تحل له الزيادة لشبهة الربا .

* * *

مادة (٣٨)

« إذا هلك بعض المبيع قبل قبضه سقط من الثمن قدر
النقص ، وخير المشتري بين الفسخ والإمضاء ، وإن كان

(١) ابن عابدين ج ٤ ص ٤٤

النقصان في الوصف بآفة سماوية خير بين الأخذ بكل الثمن
أو الترك، (١).

المذكرة الإيضاحية

إن هلك بعض المبيع قبل قبضه ، ان كان بفعل البائع سقط من
الثمن قدر النقص سواء كان نقصان قدر أو نقصان وصف ، وخير
المشتري بين الانسخ والإمضاء .

وإن كان الهلاك بفعل أجنبي ، فحكمه حكم هلاك المبيع كله
(انظر المادة ٣٦) .

وإن كان بآفة سماوية : فإن كان نقصان قدر طرح عن المشتري
حصة الفائت من الثمن . وله الخيار في الثاني إن شاء أخذه بحصته
وإن شاء فسخ .

وان كان نقصان وصف لا يسقط شيء من الثمن لكنه يخبر
بين الأخذ بكل الثمن أو الترك (والوصف هنا ما يدخل تحت
البيع بلا ذكر) . وكذلك الحكم إذا كان الهلاك بفعل المعقود
عليه (المبيع) .

...

(١) ابن عابدين ج ٤ ص ٤٧ ، ٤٨

باب بيع التلجئة :

مادة (٣٩)

بيع التلجئة هو أن يظهر المتعاقدان عقداً لا يريدانه ، وهو كالبيع هزلاً ، فإن كانت التلجئة في نفس المبيع يفسد العقد ، وإن كانت في الثمن أو في جنسه انعقد العقد ، وكان الثمن ثمن العلانية ، وثبت لكل منهما الخيار^(١) .

المذكرة الإيضاحية

هذا العقد من عقود الضرورة وممّوه بالتلجئة لما فيه من معنى الإكراه .

وفيه ثلاث مسائل :

الأولى : أن تكون التلجئة في نفي البيع مثل أن يخاف على سلعته ظالماً أو سلطاناً فيقول : أنا أظهر البيع وليس يبيع حقيقة وإنما هو تلجئة ، ويشهد على ذلك ثم يبيها في الظاهر من غير شرط .

(١) الاختبار ج ١ ص ١٩٤

وروى محمد في الإملاء ، أنه باطل ولم يحك خلافا وهو قول
أبي يوسف ومحمد ووجهه أنهما اتفقا على أنهما لم يقصدا العقد فصارا
كالهالين فلا ينعقد .

الثانية : أن تكون في البذل بأن يتفقا على ألف في السر ،
ويتبايعا في الظاهر بالقيين .

روى المعلى عن أبي يوسف عن أبي حنيفة أن الثمن ثمن العملانية .
لأن المذكور في العقد هو الذي يصح العقد به ، وما ذكرناه سرّاً
لم يذكرناه حالة العقد فسقط حكمه .

وروى محمد في الإملاء أن الثمن ثمن السر من غير خلاف وهو
قولها لأنهما اتفقا أنهما لم يقصدا الألف الزائدة فكأنهما هزلا بها .
الثالثة : اتفقا على أن الثمن ألف درهم وتبايعا على مائة دينار .

قال محمد القياس أن يبطل العقد ، والاستحسان أن يصح بمائة
ديناره ، وجه القياس أن الثمن الباطل لم يذكرناه في العقد ، والمذكور
لم يقصده ، فسقط قبض بلا ثمن فلا يصح :

ووجه الاستحسان أن المقصود البيع الجائز لا الباطل ، ولا جائز
إلا بثمن العملانية كأنهما أضربا عن السر وذكرنا الظاهر .

وليس هذا كالمسألة الأولى لأن المشروط سرّاً مذكور في العقد
وزيادة ، وتعلق العقد به . ويثبت لهما الخيار في بيع التلجئة لأنهما

لم يقصدا زوال الملك ؛ فصار كشرط الخيار لهما ، فيتوقف
على إجازتهما .

ولو ادعى أحدهما النلجئة لم يقبل قوله إلا ببينة ، لأنه يدعى
انفساخ العقد ، ويستحلف الآخر لأنه أنكر .

...

بيع الوفاء :

مادة (٤٠)

« هو أن يبيع العين على أنه إذا رد عليه الثمن رد
عليه العين » (١) .

المذكرة الإيضاحية

« بيع الوفاء هو أن يبيع العين بألف على أنه إذا رد عليه الثمن
رد عليه العين .

أو أن يقول البائع للمشتري بعت منك هذه العين بما لك من الدين
على أنى متى قضيته فهو لى .

...

(١) ابن عابدين ج ٤ ص ٢٥٧

مادة (٤١)

البيع^١ وفاء حكمه حكم الرهن . ويترتب على هذا :

« أنه ليس للمشتري أن ينتفع بمنافع المبيع وفاء إلا بإذن البائع » .

وأنه ليس لأى من المتبايعين حق التصرف فى المبيع وفاء إلا برضى الآخر فإذا تصرف المشتري كان للبائع أو ورثته حق استرداد المبيع .

وأنه إذا هلك المبيع وفاء فى يد المشتري سقط الدين فى مقابلته .

المذكرة الإيضاحية

أولا : اختلف فقهاء المذهب فى تكيف بيع الوفاء إلى ثلاثة آراء :

(١) ابن عابدين ص ٢٥٧ ، ٢٥٨ .

١ - أن حكمه حكم الرهن وهو الصحيح ، وعليه الأكثر فلا يملكه المشتري ولا ينتفع به إلا باذن مالكة وهو ضامن لما أكل من ثمره وأتلف من شجره ، ويسقط الدين بهلاكه لو يفي ولا يضمن الزيادة ، وللبائع استرداده إذا قضى دينه لافرق بينه وبين الرهن في حكم من الأحكام .

وفي جامع الفصولين لو يبيع كرم بمجنب هذا الكرم ، فالشفعة للبائع لا للمشتري ، لأن يبيع المعاملة ، ويبيع التاجئة ؛ حكمهما حكم الرهن وللراهن حق الشفعة ، وإن كان في يد المرتن .

٢ - أنه يبيع صحيح مفيد لبعض أحكامه من حل الانتفاع به إلا أنه لا يملك بيعه . قال الزيلعي في الإكراه وعليه الفتوى .

٣ - وهو القول الجامع لبعض المحققين ، أنه فاسد في حق بعض الأحكام حتى ملك كل منهما الفسخ ، صحيح في حق بعض الأحكام كحل منافع المبيع ، ورهن في حق البعض حق لم يملك المشتري بيعه من آخر ولا رهنه ، وسقط الدين بهلاكه ؛ فهو مركب من العقود الثلاثة ، وجوز لحاجة الناس إليه بشرط سلامة البدلين لأصاحبهما ، قال في البحر ، وينبغي أن يعدل في الإفتاء عن القول الجامع .

ثانياً : وإذا كان حكمه حكم الرهن فليس لأى من المتبايعين التصرف في المبيع وفاء إلا برضا الآخر ، فإذا تصرف المشتري كان للبائع أو ورثته حق استرداد المبيع ، وهذا على اعتبار أن هذا البيع رهن ، وحتى على القولين القائلين بأنه يبيع مفيد للانتفاع به ، فإنه

لا يملك المشتري بيعه كذلك ، فإذا باع كرمه وفاء من آخر ، وباعه المشتري بعد قبضه من آخر باتاً وسلمه وغاب فللبائع الأول استرداده من الثانى لأن حق الحبس وإن كان للمرتهن لكن يد الثانى مبطله ، فللمالك أخذ ملكه من المبطل فإذا حضر المرتهن أعاد يده فيه حتى يأخذ دينه .

وكذلك إذا مات البائع والمشتري الأول والثانى ، فلورثة البائع الأول الأخذ من ورثة المشتري الثانى ، ولورثة المرتهن إعادة يدهم إلى قبض دينه .

وإذا هلك المبيع فى يد المشتري سقط الدين فى مقابلته وهذا إذا كانت قيمة المال المبيع وفاء مساوية للدين ، وإذا كانت قيمة المال ناقصة عن الدين ، سقط من الدين بقدر قيمته ، واسترد المشتري الباقي وأخذه من البائع .

وإذا كانت قيمته زائدة عن الدين وهلك فى يد المشتري سقط من قيمته قدر ما يقابل الدين وضمن المشتري الزيادة إن كان الهلاك بتعديه .

أما إن كان الهلاك من غير تعد فلا يلزم أداء تلك الزيادة .

...

التصرف في المبيع والتمن قبل القبض :

مادة (٤٢)

« لا يصح بيع ما اشتراه قبل قبضه ، إلا إذا كان عقاراً
لا يخشى هلاكه » .^(١)

المذكرة الإيضاحية

يسع المشتري العقار الذي لا يخشى هلاكه قبل قبضه من البائع ،
يصح عند أبي حنيفة وأبي يوسف لعدم الغرر ؛ أي غرر انفساخ العقد
على تقدير الهلاك لندرة هلاك العقار .

وقال محمد : لا يجوز .

والتعبير بالصحة دون النفاذ واللزوم ، لأن البيع يكون موقوفاً
على نقد الثمن ، أو رضا البائع ؛ وإلا للبائع إبطال بيع المشتري ،
وكذا كل تصرف منه يقبل القبض ، إذا فعله قبل القبض أو بعده ،
بغير إذن البائع ، لأن قبض المبيع قبل نقد الثمن بلا إذن البائع غير
معتبر ، لأن له استرداده وجبسه الى قبض الثمن .

(١) ابن عابدين ج ٤ ص ١٦٩ ، ١٧٠ ، فتح القدير ج ٥ ص ٢٦٤ ، ٢٦٥

أما يبيع المنقول قبل قبضه فإنه لا يجوز ، لأن النبي ﷺ —
نهى عن بيع ما لم يقبض ، ولأن فيه غرر انفساخ العقد الأول
على اعتبار هلاك المبيع قبل القبض ، فيتعين حينئذ أنه باع ملك الغير
بغير إذنه ، وذلك مفسد للعقد .

وكذلك العقار الذى يخشى هلاكه ، بأن كان علواً أو على شط
نهر ، فإنه بمنزلة المنقول من حيث لحوق الغرر بهلاكه ، فلا يصح
اتفاقاً .

والأصل « كما فى الفتح » أن كل عقد يفسخ بهلاك العوض قبل
القبض ، لم يجز التصرف فى ذلك العوض قبل قبضه ، كالمبيع فى البيع ،
والأجرة إذا كانت عيناً فى الإجازة ، وبذل الصلح عن الدين إذ
كان عيناً ، لا يجوز بيع شيء من ذلك ، ولا أن يشرك فيه غيره .
وما لا يفسخ بهلاك العوض ، فالتصرف فيه قبل القبض جائز كالمهر ،
وبدل الخلع ، إذا كان كل منهما عيناً ، يجوز التصرف فيه قبل قبضه ،
وهذا القول لأبى يوسف .

وقال محمد : كل تصرف لا يتم إلا بالقبض ، كالهبة . والصدقة ،
والرهن ، والقرض فهو جائز ، لأنه يكون نائباً عنه ، ثم يصير
قابضاً لنفسه .

وعلى هذا فغير المبيع من التصرفات التى لا تتم إلا بالقبض ، كالهبة
ونحوها ، تجوز اتفاقاً لاتقاء علة المنع .

...

« إذا اشترى ما يقدر بالعد ، أو الكيل ، أو الوزن ، بشرط : كيـله ، أو عدده ، أو وزنه ، فليس له التصرف فيه حتى يتحقق الشرط » .^(١)

المذكرة الإيضاحية

قال في التنوير : اشترى مكـيلا ، بشرط الكيل ، حرم بيعه وأكله حتى يكيله ، ومثله الموزون ، والمعدود غير الدراهم والدنانير .

والمراد بالحرمة : الكراهة ، من حديث جابر — رضى الله عنه — أنه — ﷺ « نهى عن بيع الطعام حتى يجرى فيه الصاعان ، صاع البائع ، وصاع المشتري » .

وقال صاحب الدر المختار : وقد صرحوا بفساده — قال ابن عابدين : صرح محمد في الجامع الصغير بمانعه محمد عن يعقوب عن أبي حنيفة قال : إذا اشترت مما يكال أو يوزن أو يعد ، فاشترت ما يكال كيلا ، وما يوزن وزناً ، وما يعد عدداً ، فلا تبعه حتى تكيله وتزنه وتعدده ، فإن تبعه قبل أن تفعل وقد قبضته ، فالبيع فاسد في الكيل والوزن .

(١) ابن عابدين ج ٤ ص ١٧١ ، ١٧٢ .

قلت : وظاهره أن الفاسد هو البيع الثاني « وأن الأول وقع صحيحاً » والعلة كون الكيل من تمام القبض ، فإذا باعه قبل كيـله فكأنه باع قبل القبض ، ويبع المنقول قبل قبضه لا يصح (انظر المادة السابقة) .

وحقق ابن عابدين المسألة فقال : والتحقيق أن يقال : إذا ملك زيد طعاماً يبيع مجازفة أو بإرث ونحوه ، ثم باعه من عمرو مكيـلة سقط هنا صاع البائع .

ويكفي التقدير الذي يتم في حضرة المشتري قال : وكفى كيـله من البائع بحضرته بعد البيع حتى لو لم يره المشتري ..

وعن القنية : لو اشترى من البائع كذا منا ، فيزنه في حانوته ، ثم يخرجـه إليه موزناً ، لا يجب عليه إعادة الوزن ، وكذا إذا لم يعرف عدد سنجاته ... ٥١

قال صاحب الدرر : واستثنى ابن السكـال من الموزون ما يضره للتبيعـض ، لأن الوزن حينئذ وصف .

قال ابن عابدين : وما يضره التبيعـض كصوغ ، فيجوز التصرف فيه قبل وزنه ، ولو اشتراه بشرطه .

مادة (٤٤)

إذا اشترط ما يقدر بالذراع بشرط الذرع ، فله أن يتصرف

فيه قبل تحقق الشرط ، إلا أفرد لكل ذراع ثمناً ، فليس له التصرف حتى يذره .^(١)

المذكرة الإيضاحية

قال في التنوير : لا المذروع قبل زرعه وإن اشتراه بشرطه ، إلا إذا أفرد لسكل ذراع ثمناً ، فهو كموزون .

وشرح صاحب الدر هذا النص فقال : لا يحرم المذروع قبل زرعه وإن اشتراه بشرطه إلا إذا أفرد لسكل ذراع ثمناً فهو في حرمة ما ذكر كموزون .

والأصل : أن الذرع وصف لا قدر فيكون كله للمشتري إلا إذا كان مقصوداً ، قال ابن عابدين : بأن أفرد لسكل ذراع ثمناً لأنه بذلك التحق بالقدر في حق ازدياد الثمن ، فصار البيع في هذه الحالة ، هو الثوب المقدر ، وذلك يظهر بالذرع ، والقدر معقود عليه في المقدرات حتى يجب رد الزيادة فيما لا يضره التبعض ، ويلزمه الزيادة من الثمن فيما يضره ، وينقص من ثمنه عند إنقاصه أو طعن عن الزيلعي .

(١) ابن عابدين ج ٤ ص ١٧٣ .

يصح التصرف في الثمن قبل قبضه إذا لم يكن ديناً في الذمة ، فإن كان جاز تملكه من المشتري دون غيره .^(١)

المذكرة الإيضاحية

الثمن : ما ثبت في الذمة ديناً عند المقابلة ، وهو النقدان ، والمثلثات إذا كانت معينة وقوبلت بالأعيان ، أو غير معينة وصحبها حرف الباء .
والثمن تارة يكون حاضراً كما إذا اشترى الدابة بهذه الدراهم فهذا يجوز التصرف فيه قبل قبضه بهبة أو غيرها من المشتري وغيره .
وتارة يكون ديناً في الذمة كما إذا اشترى الدابة بعشرة دراهم في الذمة فهذا يجوز التصرف فيه بتملكه من المشتري فقط لأنه تملك الدين ولا يصبح إلا بمن هو عليه .

* * *

ما يلتحق بأصل بالعقد :

مادة (٤٦) :

« الزيادة في الثمن من المشتري تلتحق بأصل العقد إذا قبلها البائع في مجلس الزيادة » .^(٢)

(١) ابن عابدين ج ٤ ص ١٧٣ .

(٢) ابن عابدين ج ٤ ص ١٧٤ ، ١٧٥ وفتح القدير ج ٥ ص ٢٧٢ .

المذكرة الإيضاحية

تصح الزيادة في الثمن ولو من غير جنسه في المجلس أو بعده من المشتري أو وارثه (خلاصة) أو من أجنبي (ابن ملك) إن قبل البائع في المجلس (مجلس الزيادة) فلو بعده بطلت وكان البيع قائماً فلا تصح بعد هلاكه ولو حكماً على ظاهر الرواية بأن باعه ثم شراه ثم زاده ، لأن تبدل الملك كتبدل العين ، وإنما لم تصح الزيادة بعد الهلاك ، لقوات محل العقد . بخلاف ما لو أجزأ أو رهن أو جعل الحديد سيفاً ، لقيام الإسم والصورة بعض المنافع .

والزيادة تلتحق بأصل العقد بالاستناد : وهو أن يثبت أولاً في الحال ، ثم ليستند إلى وقت العقد ، ولهذا لا تثبت الزيادة في صور هلاك المبيع ، لأن ثبوته في الحال متعذر ، لانتفاء المحل ، فتعذر استناده ، كالمبيع الموقوف لا ينبرم بالإجازة بعد هلاك المبيع وقتها .

وروى الحسن عن أبي حنيفة أنه تصح زيادة الثمن بعد هلاك المبيع ، فيجعل المعقود عليه قائماً تقديرأ ، وتجعل الزيادة تغييراً كما جعل قائماً إذا اطلع المشتري على عيب كان قبل الهلاك ، حيث يرجع بنقصان العيب وهذا لأن قيام المقد بالماقدين لا بالمحل ، واشتراط المحل لإثبات الملك أو إبقائه بطريقة للتجدد ، فلم يكن لإبقاء العقد في حقه فائدة ، فأما فيما وراء ذلك فقيه فائدة ، فتبقى .



مادة (٤٧) :

«حط البائع من الثمن يلتحق بأصل العقد إذا قبله المشتري في مجلس الحط ولو بعد هلاك المبيع وقبض الثمن» .^(١)

المذكرة الإيضاحية

يصح الحط من الثمن ولو بعد هلاك المبيع وقبض الثمن إذا قبل المشتري في مجلس الحط . وإنما صح الحط بعد الهلاك ، لأنه بحال يمكن إخراج البذل عما يقابله لكونه إسقاطاً والإسقاط لا يستلزم مبيت ما يقابله فيثبت الحط في الحال .

ويلتحق الحط بأصل العقد إذا كان من البائع ، أما من وكيله فإنه يصح ويضمنه للآمر ولا يلتحق بأصل العقد ، ففي شفعة الحانية : الوكيل بالبيع إذا باع الدار بألف ثم حط عن المشتري مائة صح وضمن المائة للآمر وبرى المشتري عنها ، ويأخذ الشفيع الدار بالآلف ، لأن حط الوكيل لا يلتحق بأصل العقد .

وبطل حط للثمن كله ولا يلتحق بأصل العقد ، ويسقط للثمن عن المشتري ، ويصح العقد ، ويظهر أثر التحاق الزيادة والحط بأصل العقد :

(١) ابن عابدين ج ٤ ص ١٧٥ ، فتح القدير ج ٥ ص ٢٧٢

فى التولية والمراجعة ، فىولى ويراجع على الكل فى الزيادة وعلى
الباقى بعد الخط .

وفى الشفعة ، فىأخذ الشفعى بما بقى فى الخط فقط دون الزيادة ،
لأن فى الزيادة إبطال حق الشفعى الثابت قبلها ، فلا يملكه ، فله
أن يأخذ بدون الزيادة .

وفى الاستحقاق : فىرجع المشتري على البائع بالكل ، ولو أجاز
المستحق البيع أخذ كل الثمن والزيادة .

وفى حبس المبيع : حبس للبائع أن يحبس حتى يقبض للزيادة .

وفى فساد صرف : فلو باع الدراهم بالدراهم متساوية ، ثم زاد
أحدهما أو حط وقبل الآخر ، وقبض الزائد فى الزيادة ، أو المردود
فى الخط ، فسد العقد ، كأنهما عقداه كذلك من الابتداء عند
أبى حنيفة (زيلعى) .

* * *

مادة (٤٨) :

الزيادة من البائع فى المبيع « غير السلم » تلتحق بأصل
العقد ، إذا قبلها المشتري فى مجلس الزيادة . (١)

(١) ابن عابدين ج ٤ ص ١٧٥ ، ١٧٦ .

المذكرة الإيضاحية

تصح الزيادة من البائع في المبيع ويلزمه دفعها ، إذا كان المبيع غير مسلم ، وقيل المشتري ذلك في مجلس الزيادة .

وإنما قيد يكون المبيع غير مسلم ، لأن المسلم فيه « المبيع » لا تجوز الزيادة فيه ، لأنه معدوم حقيقة ، وإنما جعل موجودا في الذمة لحاجة المسلم إليه ، والزيادة في المسلم فيه لا تدفع حاجته ، بل تزيد في حاجته فلا تجوز (زيلعى) .

وتلتحق الزيادة بأصل العقد ، حتى لو هلكت الزيادة قبل القبض تسقط حصتها من الثمن بخلاف الزيادة المتولدة من المبيع حيث لا يسقط شيء من الثمن بهلاكها قبل القبض .

ولا يشترط للزيادة هنا قيام المبيع ، فتصح بعد هلاكه ، لأنها تثبت بمقابلة الثمن وهو قائم (بحر عن الخلاصة) .

مادة (٤٩) :

يصح الخط من المبيع إن كان المبيع ديناً ، وقبل المشتري في المجلس .^(١)

(١) ابن عابدين ج ٤ ص ١٧٦ .

المذكرة الإيضاحية

يصح الخط من المبيع لمن كان المبيع ديناً ، وإن كان عيناً لا يصح
لأنه إسقاط ، وإسقاط العين لا يصح ، بخلاف الدين فيرجع المشتري
على البائع بما دفع في براءة الإسقاط لا في براءة الاستيفاء ، لأن براءة
الإسقاط تسقط الدين عن الذمة كأن يقول : أسقطت وحطت ،
وبراءة الاستيفاء عبارة عن الإقرار بأنه استوفى حقه وقبضه كأن
يقول : أبرأتك براءة استيفاء أو قبض .

* * *

الاستحقاق :

مادة (٥٠) :

(١) الاستحقاق هو ظهور كون الشيء حقاً واجباً للغير .

(ب) ويكون مبطلاً للملك إذا ورد على محل لا يقبل التملك ،

وإلا فهو ناقل له .^(١)

(١) ابن عابدين ج ٤ ص ١٩٩ .

المذكرة الإيضاحية

الاستحقاق : هو طلب الحق ، فالسين والتاء للطلب ، لكن في المصباح : استحق فلان الأمر ، استوجبه ، قاله الفارابي وجماعة ، فالأمر مستحق ، ومنه خرج المبيع مستحقاً هـ . فأشار إلى أن معناه الشرعى موافق للغوى وهو كون المراد بالاستحقاق : ظهور كون الشيء حقاً واجباً للغير .

والاستحقاق نوعان :

- (أ) مبطل للملك ، وذلك إذا ورد على محل لا يقبل التملك ، كالعتق ، والحرية الأصلية ، ويتضح حكمه في المادة (٥١) .
- (ب) وناقل للملك من شخص إلى آخر ، ويتضح حكمه في المادة (٥٢) .

مادة (٥١) :

الاستحقاق المبطل للملك يوجب فسخ العقد ، ولكل واحد من الباعة الرجوع على بائعه ، وإن لم يرجع عليه .^(١)

(١) ابن عابدين ج ٤ ص ٢٠١ ، ٢٠٢ .

المذكرة الإيضاحية

الاستحقاق المبطل للملك يوجب فسخ العقود اتفاقاً بلا حاجة
في انفساخ كل منها إلى حكم القاضي (درر) .

ولكل واحد من الباعة الرجوع على بائعه بالثمن ، فلو أقام العبد
بينة أنه حر الأصل أو أنه كان عبداً لقلان فأعنفه ، أو أقام رجل للبينة
أنه عبده دبره ففضى بشيء من ذلك فلكل واحد — وإن لم يحصل
الرجوع عليه — أن يرجع على بائعه قبل القضاء عليه . ويرجع هو أيضاً
على بائعه .



مادة (٥٢) :

الاستحقاق الناقل للملك ، لا يوجب الفسخ ، ويتوقف
على إجازة المستحق والحكم به حكم على ذى اليد ، وعلى من
تلقى الملك منه .

ولا يرجع أحد من المشترين على بائعه إلا بعد الرجوع عليه. (١)

(١) ابن عابدين ج ٤ ص ١٩٩ ، ٢٠١ .

المذكرة الإيضاحية

الاستحقاق للناقل للملك من شخص إلى آخر كالأستحقاق بالملك بأن ادعى أن ما في يد فلان ملك له وبرهن . وهو لا يوجب فسخ العقد على الظاهر ، لأنه لا يوجب بطلان ملك المشتري ، بل يوجب توقيفه على إجازة المستحق أو فسخه .

واختلف في البيع متى يفسخ ، فقبل إذا قبض المستحق ، وقبل بنفس الفضاء والصحيح أنه لا يفسخ ما لم يرجع المشتري على بائه بالثمن ، حتى لو أجاز المستحق بعد ما قضى له ، أو بعد ما قبضه قبل أن يرجع المشتري على بائه يصح ، وفي ظاهر الرواية لا يفسخ ما لم يفسخ وهو الأصح .

والحكم بالاستحقاق حكم على ذى اليد ، حتى يؤخذ المدعى من يده (درر) وهذا إذا كان خصما ، فلا يحكم على مستأجر ونحوه لأنه ليس بخصم ، وحكم على من تلقى ذو اليد الملك منه فإن قال « مثلا » عند الحكم عليه : اشترت هذه العين من فلان « مثلا » كان الحكم عليه حكما على من اشترى منه ولو كان مورثه ويتعدى إلى بقية الورثة (أشباه) .

وليس لأحد من المشتري أن يرجع على بائه بالثمن ، ما لم يرجع المشتري منه عليه بالثمن ، لئلا يجتمع الثمنان في ملك واحد ، لأن في يده

ثُمَّ ، فلو رجع بالثمن على بائعه قبل أن يرجع عليه ، اجتمع في ملكه ثمنان .

مادة (٥٣) :

إذا ثبت الاستحقاق بينه المستحق ، فللمشتري الرجوع على البائع بالثمن .

أما إذا كان الاستحقاق بإقرار المشتري أو وكيله بالخصومة ، أو بنكولهما فليس له الرجوع ^(١) .

المذكرة الإيضاحية

يثبت للمشتري الرجوع بالثمن على البائع إذا استحق البيع ، وكان الاستحقاق وارداً على ملك البائع الكائن من الأصل ، أما إذا ورد عليه بعد ما صار إلى حال لو كان غصباً ملكه به لا يرجع ، لأنه متيقن بالكذب ، كما لو اشترى ثوباً فقطعه وخاطه ثم استحق بالبينه ، لا يرجع للمشتري على البائع بالثمن ، لأن الاستحقاق ما ورد على ملكه ، لأنه لو كان ملكه في الأصل انقطع بالقطع والحياطة ، كمن غصب ثوباً فقطعه وخاطه ملكه .

(١) ابن عابدين ج ٤ ص ٢٠٢ ، ٢٠٣ .

ولو برهن أنه كان له قبل هذه الصفة يرجع بالتمن .
 وإنما يثبت الرجوع للمشتري إذا ثبت الاستحقاق بالبينة ، لأنها
 حجة متعديّة تظهر في حق كافة الناس . لأنها لا تصير حجة إلا بقضاء
 القاضي ، وللقاضي ولاية عامة فينفذ قضاؤه في حق الكافة .
 أما إذا ثبت الاستحقاق باقرار المشتري ، أو وكيله بالخصومة ،
 أو بنكولهما ، فلا رجوع لأن الإقرار حجة قاصرة على المقر ،
 لا يتعداه إلى غيره ، لعدم ولايته عليه .

* * *

مادة (٥٤) :

التناقض في دعوى الملك لعين أو منفعة يمنع الدعوى ،
 ولا يمنع فيما خفي سببه^(١) .

المذكرة الإيضاحية

التناقض في الدعوى — بمعنى التذافع في الكلام — يمنع دعوى
 الملك لعين أو منفعة إذا كان الكلام الأول قد أثبت لشخص معين حقاً ،
 كما إذا ادعى شخص على آخر أنه أخوه ، وادعى عليه النفقة ، فقال

(١) ابن عابدين ج ٤ ص ٢٠٥ ، ٢٠٦

المدعى عليه ليس هو بأخى ، ثم مات المدعى عن تركه فجاء المدعى عليه يطلب ميراثه إن قال هو أخى لم يقبل للتناقض .

أما إذا لم يثبت لآخر حقاً لم يمنع ، كقول المدعى لا حق لى على أحد من أهل بلدة كذا « مثلاً » ثم ادعى شيئاً على أحد منهم ، تصح دعواه (كما فى المؤيدية عن صدر الشريعة) .

ولا يمنع التناقض دعوى ما خفى سببه كالنسب والطلاق وغيرها ، كما إذا اشترى ثوباً فى منديل ، ثم زعم أنه له ولم يعرفه تقبل دعواه . ومثال النسب : لو باع عبداً « مثلاً » ولد عنده ، وباعه المشتري من آخر ، ثم ادعى البائع الأول أنه ابنه تقبل دعواه ، وبطل الشراء الأول والثانى ، لأن النسب يبتنى على العلوق فيخفى عليه ، فيعذر فى التناقض .

ومثال الطلاق : إذا برهنت المرأة على أنها طلقت ثلاثاً ، وكانت قبل قد خالعت الزوج على مال ، قبل برهانها ، واستردت بدل الخلع ، لأن الزوج يستقل بالطلاق بدون علمها .

مادة (٥٥) :

لا تسمع دعوى الاستحقاق على المبيع قبل قبضه حتى يحضر البائع والمشتري عند القاضى للحكم عليهما (١) .

(١) ابن عابدين ج ٤ ص ٢٠٧ .

المذكرة الإيضاحية

إذا اشترى شيئاً ولم يقبضه ، حتى ادّعاء آخر أنه له ، لا تسمع دعواه بدون حضور البائع والمشتري للقضاء عليهما ، لأن الملك للمشتري ، واليد للبائع ، والمدعى يدعيهما ، فشرط القضاء عليهما حضورهما (فتح) .
ولو قضى له بمحضرتها ، ثم برهن أحدهما على أن المستحق باعه من البائع ، ثم هو باعه من المشتري ، قبل ولزم البيع .

فصل في الخيارات

خيار الشرط :

مادة (٥٦) :

« يصح خيار الشرط المتبايعين معا ، أو لأحدهما ، أو لغيرهما ، مع ثبوت الخيار لهما مع ذلك الغير ، في المبيع كله أو بعضه ، أثناء العقد وبعده »^(١) .

(١) ابن عابدين ج ٤ ص ٤٧ ، ٤٨ ، ٤٩ .

المذكرة الإيضاحية

الخيارات سبعة عشر كما حددها في الدر : خيار الشرط ، خيار الرؤية ، خيار العيب وهذه الثلاثة خصص لكل منها باب على حدة . أما باقى الخيارات فلم يفرد كل منها باب وهى : خيار تعيين ، وغبن ، ونقد ، وكفية ، واستحقاق ، وتقرير فعلى ، وكشف حال ، وخيانة مراجعة ، وتولية ، وفوات وصف مرغوب فيه ، وتفرق صفقة بهلاك بعض مبيع ، وإجازة نقد الفضولى ، وظهور المبيع مستأجرا ، أو مرهونا .

وخيار الشرط جائز فى البيع ، وهو يمنع ابتداء الحكم ، ويكون للمتبايعين معا ، ولأحدهما ، ولو كان وصيا ، أو وكىلا ، ولغير البائع والمشتري ، كما إذا اشترى على أن يكون الخيار لغيره ، ويثبت للمتعاقدين الخيار مع ذلك الغير .

وشرط صحة الخيار أن يكون أثناء العقد أو بعده ، ولا يصح شرطه قبل العقد مثل أن يقول : جعلتك بالخيار فى البيع الذى تعقده ، ثم اشترى مطلقا لم يثبت الخيار .

وخيار الشرط يكون فى المبيع : سواء كان البيع صحيحا أو فاسدا . وفائده فى البيع الفاسد ، أنه لو كان الخيار للبائع ، أو له والمشتري ، وقبضه المشتري بإذن البائع لا يدخل المبيع فى ملك المشتري مع أنه لولا الخيار للملكة بالقبض .

ويكون في المبيع كله أو بعضه كثلثه أو ربه ، فيما لو كان المبيع متعددا ، وشرط الخيار في معين منه مع تفصيل الثمن ، ولا فرق في ذلك بين أن يكون الخيار البائع أو المشتري .

مادة (٥٧) :

« مدة خيار الشرط ثلاثة أيام أو أقل ، فإن شرط أكثر منها فسد البيع ، إلا إذا جاز من له الخيار البيع في الأيام الثلاثة » (١) .

المذكرة الإيضاحية

مدة خيار الشرط ثلاثة أيام أو أقل ، والتحديد بالثلاثة مأخوذ من قول الرسول عليه السلام لحبان بن منقذ بن عمرو الأنصاري : « إذا بايعت فقل لا خلافة ولى الخيار ثلاثة أيام » .

ولا يجوز اشتراط أكثر من الثلاثة عند أبي حنيفة وزفر ، فلو شرط أكثر منها : فإن أجاز من له الخيار في الثلاثة ، ينقلب صحيحاً عند أبي حنيفة ، لأنه وقد زال المفسد قبل تقررهِ ، وذلك أن المفسد

(١) ابن عابدين ج ٤ ص ٤٧ ، ٤٨ ، ٤٩ ؛

ليس هو شرط الخيار ، بل وصله باليوم الرابع ، فاذا أسقطه تحقق زوال المعنى المفسد قبل مجيئه ، وبقي العقد صحيحاً .

وقال زفر : لا يجوز لأنه انعقد فاسداً فلا ينقلب صحيحاً .

وقال أبو يوسف ومحمد : يجوز اشتراط الخيار لأكثر من ثلاثة أيام إذا سمى مدة معلومة ، لحديث ابن عمر أنه أجاز الخيار لشهرين . أما لو اشترط الخيار مطلقاً دون تحديد مدة ، فإنه يفسد عند الجميع .

ومن هذا يفهم أن خيار الشرط أنواع :

١ — جائز بالاتفاق : إذا كان ثلاثة أيام فأقل .

٢ — مختلف فيه : إذا كان أكثر من ثلاثة أيام ، فإنه فاسد عند أبي حنيفة وزفر . جائز عند أبي يوسف ومحمد .

٣ — فاسد بالاتفاق : إذا كانت للمدة مجهولة .

مادة (٥٨) :

« خيار البائع لا يخرج المبيع عن ملكه ، فإن قبضه المشتري وهلك فعليه قيمته وخيار المشتري يخرج المبيع عن

ملك البائع ، فإن قبضه المشتري وهلك فعليه ثمنه ، ولا يخرج
شيء من مبيع أو ثمن إذا كان الخيار لهما ، (١) .

المذكرة الإيضاحية

إذا كان خيار للشرط للبائع ، فإن المبيع لا يخرج عن ملكه ؛
لأن الخيار يمنع الحكم ، وهو نقل الملك ، فإن هلك في يده انفسخ
المبيع ، وإن تعيب بغير فعله خير المشتري بين الأخذ بكل الثمن أو الترك ،
وإن تعيب بفعله سقطت حصة المبيع من الثمن .
وإذا قبض المشتري المبيع بإذن البائع أو بغير إذنه فهلك في يده ،
فإن كان في مدة الخيار ، فعليه قيمته يوم قبضه ؛ لأن البيع ينفسخ
بالهلاك لأنه كان موقوفا ، ولا نفاذ بدون بقاء المحل ، فبقى المبيع
مقبوضا في يد المشتري على سوم الشراء وفيه القيمة ؛ لأن المقبوض
على سوم الشراء فيه القيمة ، وإن كان قبضه على سوم النظر بأن
يقول : هاته حتى أنظر إليه أو أريه غيري ، فغير مضمون مطلقا ؛
لأنه لا يكون رضا بالشراء بالثمن المسمى ، أما لو استهاكه المشتري ،
فانه يضمن قيمته .

وإن كان الهلاك بعد مضي مدة الخيار بلا فسخ فعليه ثمنه
لسقوط الخيار .

(١) ابن عابدين ج ٤ ص ٥١ ، ٥٢ ، ٥٣ ، ٥٤ ، ٥٥

وإذا كان الخيار للمشتري ، فإن المبيع يخرج عن ملك البائع ؛ لأن البيع في جانبه لازم ، فإذا قبضه المشتري وهلك بيده فعليه ثمنه ؛ لأن الهلاك لا يخلو عن مقدمة عيب يمنع الرد ، فيهلك وقد انبرم البيع ، ويلزم الثمن .

وإذا خرج المبيع عن ملك البائع لا يملكه للمشتري عند أبي حنيفة ، وقال أبو يوسف ومحمد : يملكه لثلاثين سائبة لأمالك لها . ورد أبو حنيفة : بأن السائبة هي التي لا ملك فيها لأحد ولا تعلق ملك ، والتعلق موجود هنا ، وهو علقه الملك للبائع ، إذ قد يرد عليه فيعود إليه حقيقة ملكه ، وعلقه ملك للمشتري إذ قد يسقط خياره فيكون له ، ثم قال : يلزم على مذهبكم اجتماع البديلين في يد المشتري ؛ لأن الثمن لم يخرج عن ملكه ، ولا أصل لذلك في الشرع ، ويلزم أيضاً إثبات الملك للمشتري بمجرد البيع مع خياره ، فيلحقه نقيض مقصوده .

وإذا كان الخيار للبائع والمشتري ، لا يخرج شيء من مبيع أو ثمن من ملك كل منهما اتفاقاً ، وأيهما فسخ في المدة انفسخ البيع وأيهما أجاز بطل خياره ، وصار العقد باتاً من جانبه والآخر على خياره ، فإن أجاز ثم العقد ، وإن فسخ بطل ، وإن لم يوجد فسخ ولا إجازة حتى مضت المدة ، لزم البيع .

مادة (٥٩) :

إذا أجاز من له الخيار صحت إجازته ولو مع جهل صاحبه . فإن كان الخيار لهما وفسخ أحدهما فليس للآخر الإجازة .

فإن كان الفسخ بالقول فلا يصح إلا إذا علم الآخر في المدة ، فإن لم يعلم لزم العقد ، أما إن كان الفسخ بالفعل صح بلا علم الآخر^(١) .

المذكرة الإيضاحية

من شرط له الخيار بائناً أو مشترياً أو أجنبياً ، فله أن يفسخ في المدة وله أن يميز ، فإذا كان الخيار للبائع فالإجازة تحصل بأحد ثلاثة أشياء : بأن يقول : أجزت ، أو بموته في مدة الخيار ، لأن خيار للشرط لا يورث ، فيكون العقد بموته نافذاً ، أو بأن تمضي مدة الخيار من غير فسخ .

ومن جانب المشتري تحصل الإجازة بأحد هذه الأمور الثلاثة ،

(١) فتح القدير ج ٥ ص ١٢٠ ، ١٢١

أو بأن يصير المبيع في يده إلى حال لا يملك معها فسخه . كهلاك
المعقود عليه وانتقاضه .

والإجازة من البائع أو المشتري جائزة ، ولو بغير حضرة الطرف
الآخر ، فإن كان الخيار لهما . وفسخ أحدهما فليس للآخر الإجازة ؛
لأن المفسوخ لا تلحقه الإجازة .

والفسخ يكون بالفعل وبالقول .

فالفسخ بالفعل . كأن يتصرف البائع في المبيع في مدة الخيار
تصرف الملاك كبيعه له ، أو أن يكون الثمن عيناً فيتصرف المشتري
فيه تصرف الملاك ، فإن العقد يفسخ سواء في ذلك حضور الآخر
وعدم حضوره ، لأنه فسخ حكماً ، والشئ قد ثبت حكماً وإن كان
يبتل قصداً .

والفسخ بالقول : بأن يقول البائع أو المشتري : فسخت ، فإن كان
ذلك بعلم الآخر انفسخ للعقد اتفاقاً ، وإن كان بغير علمه فلا يجوز
الفسخ عند أبي حنيفة وعهد ولزم العقد ، لأنه تصرف في حق الغير ،
وهو العقد بفسخه ، وهو لا يخلو عن المضرة ، لأنه كان الخيار للبائع
وفسخ بدون علم المشتري ، فالمشتري ربما يعتمد تمام البيع السابق
فيتصرف فيه فيلزمه غرامة القيمة بهلاك المبيع ، وقد تكون القيمة
أكثر من الثمن ، ولا خفاء في كونه ضرراً . وإن كان الخيار للمشتري
فالبائع ربما لا يطلب لسلعته مشترياً ، وقد تكون المدة أيام رواج بيع

المبيع ، وفي ذلك ضرر لا يخفى ، والنصرف المشتمل على ضرر
في حق الغير يتوقف على علمه لاحالة كغزل الوكيل .

وقال أبو يوسف : يجوز الفسخ بدون علم الآخر ، لأن من له
الخيار مسلط على فسخ العقد من جهة صاحبه ، وكل من هو كذلك
لا يتوقف فعله على علم صاحبه كالأجازة .

مادة (٦٠) :

« يتم العقد بموت من له الخيار ، وبمضى المدة ، ويطلب
المشتري الشفعة بالمبيع إذا كان الخيار له ، وبكل تصرف
لا ينفذ ولا يحل إلا بالملك »^(١) .

المذكرة الإيضاحية

يتم العقد بحصول الإجازة بواحد مما ذكر في نص المادة كموت
من له الخيار بائعاً كان أو مشترياً ، أما موت غيرهما فمن شرط له الخيار
فإن العقد لا يتم بموته . بل الخيار باق لمن شرط له ، فإن أمضى العقد
مضى ، وإن فسخته انفسخ (كما في الفتح) .

(١) ابن عابدين ج ٤ ص ٥٧ ؛ ٥٨ . ٥٩

وفي جامع الفصولين ، لو كان الخيار لهام فئات أحدهما لزم البيع من جهته والآخر على خياره ، وفيه أيضاً وكيل البيع أو الوصى باع بخيار ، أو المالك باع بخيار لغيره ، فمات الوكيل أو الوصى ، أو الموكل ، أو من باع بنفسه ، أو من شرط له الخيار ، يتم البيع عند محمد في كل ذلك ، لأن لكل منهم حقاً في الخيار .

والجنون كالموت :

ولا يخلف الوارث من مات على الخيار ، لأن الخيار ليس إلا مشيئة وإرادة ولا يتصور انتقاله ، والإرث فيما لا يقبل الانتقال ، وكذا لا يورث خيار الرؤية ، وخيار التغير ، وخيار النقل ، لأن الأوصاف لا تورث ، أما خيار العيب ، والتعيين ، وفوات الوصف المرغوب ، فيخلفه الوارث فيها ، لأنه يرث خياره ، لأن المورث استحق المبيع سليماً من العيب ، فكذا الوارث ، وكذا خيار التعيين يثبت للوارث ابتداء ، لاختلاط ملكه بملك غيره لا أن يورث الخيار وكذا لا يورث خيار المجلس ، وخيار الإجازة في بيع الفضولى .

ويتم أيضاً بمضى مدة الخيار قبل الفسخ ، لأنه لم يثبت الخيار إلا فيها ، فلا بقاء للخيار بعدها ، وإن لم يعلم بمضى المدة لمرض أو اغماء لأن المسقط هو مضى المدة من غير اختيار . لذا لو أفاق فيها وفسخ جاز (بحر) .

كذلك يتم العقد أيضاً بطلب المشتري الشفعة بالمبيع وإن لم يأخذه ، كما إذا اشترى داراً بشرط الخيار له ، وبيعت أخرى بجانبها ، فبطلبه

الشفعة بسبب الدار التي اشتراها سقط خياره فيها وتم البيع . أما لو كان الخيار للبائع فإن خياره باق بعد طلب الشفعة ، لأن ملكه باق بخياره ، بخلاف المشتري ، لأنه لا ملك له مع خياره فطلب الشفعة دليل التملك .

كما يتم أيضاً بكل تصرف لا ينفذ ولا يحل إلا في الملك كاجارة ولو بلا تسليم في الاصح ، وبيع ، ورهن ، وهبة .

* * *

مادة (٦١) :

« إذا اشترط أحد المتبايعين الخيار الأجنبي ، فإن أجاز هو أو الأجنبي أو نقض صح إن وافقه الآخر وإن أجاز أحدهما وعكس الآخر فالأسبق أولى ، وإن جهل السابق فالفسخ أحق ، إلا إذا تراضيا على إعادة العقد ،^(١) .

المذكرة الإيضاحية

لو اشترط البائع أو المشتري خيار للشرط الأجنبي صح استحساناً ، وثبت الخيار لهما ، فإن أجاز أحدهما من اللائب والمستنيب أو نقض

(١) ابن عابدين ج ٤ ص ٥٩ ، ٦٠ .

صح إن وافقه الآخر ، وإن أجاز أحدهما وعكس الآخر ، فالأسبق أولى لعدم المزاحم ، لأن الأسبق ثبت حكمه قبل المتأخر ، فلم يعارضه المتأخر ، لتقدمه عليه في الزمن ، ولو كانا معاً بحيث لا يعلم السابق منهما ، فالأصح أن الفسخ أحق ، لأن المجاز يفسخ ، والمفسوخ لا يجاز ، فصار الفسخ أقوى لكونه لا ينقض بالإجازة ، فلذا كان أحق وهو قول أبي يوسف .

وبروي ترجيح تصرف العاقد لقوته ، لأن النائب يستفيد الولاية منه ، وقيل هو قول محمد .

ولو تفاسخا ثم تراضيا على إعادة العقد بينهما بالإيجاب والقبول أو التعاطي جاز على أنه عقد ابتداء .
والقياس أنه لا يجوز اشتراط خيار الشرط لأجنبي وهو قول زفر .

مادة (٦٢) :

« إذا كان المبيع قيمين ، وكان الخيار في أحدهما لزم لصحة البيع تفصيل ثمن كل ، وتعيين الذي فيه الخيار » (١) .

(١) ابن عابدين ج ٤ ص ٦٠

المذكرة الإيضاحية

من باع أو اشترى قيميين كشافين على أنه بالخيار في إحداها ثلاثة أيام ، فإن حدد لكل شاة ثمنًا ، وعين التي فيها الخيار ، صح البيع للعالم بالمبيع والتمن ، وإن لم يعين ولم يحدد ثمنًا لكل من القيميين ، أو عين الذي فيه الخيار ، ولم يحدد ثمن كل منهما ، أو حدد ثمن كل منهما ، ولم يعين الذي فيه الخيار ، لا يصح البيع ، إما لجهالة المبيع والتمن فيما إذا لم يعين ولم يفصل ، لأن الذي فيه الخيار لا ينقصد البيع في حق الحكم ، لأن الخيار يمنع ابتداء الحكم فكانه خارج عن البيع ، والبيع إنما هو في الآخر وهو مجهول لجهالة من فيه الخيار ، ثم إن ثمن المبيع مجهول ، لأن الثمن لا ينقسم في مثله على المبيع بالأجزاء . وإما لجهالة أحدهما ، للتمن إذا عين ولم يفصل ، أو المبيع إذا فصل ولم يعين .

* * *

مادة (٦٣) :

« إجازة الشريك البيع في مدة الخيار تبطل خيار

شريكه ، (١) .

(١) فتح القدير ج ٥ ص ١٣٤ ، ١٣٥

المذكرة الإيضاحية

لو اشترى رجلان دابة على أنهما بالخيار ، ورضى أحدهما بالبيع بطل خيار الآخر ، وليس له أن يرد المبيع وهذا عند أبي حنيفة رحمه الله ، لأن المبيع خرج عن ملك البائع غير معيب بسبب الشركة ، فلو رده أحدهما رده معيباً بسبب الشركة ، وفيه إلزام ضرر زائد ، فإن البائع كان بحيث ينتفع بالمبيع متى شاء وكيف شاء ، فصار بحيث لا يقدر على ذلك إلا بطريق المهايأة ، والخيار ماضع لدفع الضرر عن أحدهما بإلحاقه بالآخر .

وقال أبو يوسف ومحمد : للثاني أن يرده ، لأن إيماء الخيار لهما إنباته لكل منهما ، فلا يسقط حقه بإسقاط صاحبه حقه .

وكذلك الحكم — على الخلاف المذكور — لو اشترى شيئاً ورضى أحدهما بالعيب فيه ، أو اشترياه ولم يرياه ثم رأياه ورضى أحدهما دون الآخر ، لم يكن للآخر رده عند أبي حنيفة رحمه الله ، وعندهما له ذلك .

مادة (٦٤) :

(١) إذا اختلف المتبايعان في ثبوت خيار الشرط ، أو في مضيه ، أو في الأجل ، أو في إجازة البيع ، فالقول لمن ينفيه .

(ب) وإن اختلفا في تعيين المبيع الذى فيه خيار الشرط عند الإجازة فالقول للمشتري إن كانت السلعة مقبوضة، وإن كانت غير مقبوضة ، فالقول لمن لا خيار له ،^(١) .

المذكرة الإيضاحية

إذا اختلف البائع والمشتري في ثبوت الخيار ، فالقول للمنكر ، لأن الخيار لا يثبت إلا بالشرط ، فكان من العوارض فيكون القول لمن ينفيه .

وإذا اختلفا في مضي مدة الخيار ، فالقول لمنكر المضي ، لأنها تصادقا على ثبوت الخيار ، ثم ادعى أحدهما السقوط بمضى المدة ، فالقول للمنكر (درر) .

كذلك الحكم أيضاً لو اختلفا في إجازة البيع ممن له الخيار ، كما إذا ادعى البائع على المشتري بالخيار أنه أجاز البيع . وأنكر المشتري ، فالقول قوله ، لأن البائع يدعى سقوط الخيار ووجوب الثمن وهو منكر .

وإذا اختلفا في قدر الأجل ، فالقول لمن يدهى أخصر الوقتين ، لأن الآخر يدعى زيادة شرط عليه وهو منكر (درر) .

أما لو اختلفا في تعيين المبيع الذى فيه خيار الشرط عند إجازة

(١) ابن هابدين ج ٤ ص ٦٢ ، ٦٣ ،

المقد بمن له الخيار ، فإن كانت السلعة مقبوضة ، فالقول للمشتري سواء كان الخيار له أو للبائع ، وإن كانت غير مقبوضة والخيار للمشتري فالقول للبائع ، وإن كان الخيار للبائع فالقول للمشتري (بحر) .

مادة (٥٦) :

« يعتبر قول المشتري بالخيار من يمينه إذا اختلف من البائع في عين المبيع عند رده إلى البائع ، ما لم تقم للبائع بينة » .^(١)

المذكرة الإيضاحية

اشترى شيئاً على أنه بالخيار ، فرد غيره بدله على أنه هو قائلاً : بأن هذا الشيء هو الذي اشتريته منك ، فقال البائع : ليس هو ، فإن كانت للبائع بينة على ذلك فالقوله قوله ، وإن لم تكن له بينة ، فالقول للمشتري مع يمينه .

(١) ابن عابدين ج ٤ ص ٦٢ ، ٦٣

خيار التعيين

مادة (٦٦) :

(١) خيار التعيين يصح في القيميات لا في المثليات ، إذا وقع البيع على واحد غير معين وقت العقد ، من مبيع متعدد : اثنين أو ثلاثة .

(ب) ويثبت للبائع والمشتري ، ومدته ثلاثة أيام ، ويجبر من له الخيار على تعيين ما اختاره في نهاية مدته .

المذكرة الإيضاحية

إذا وقع البيع على واحد لا بعينه ، كأن يبين البائع أثمان شيئين ، أو ثلاثة ، من القيميات ، كلا على حده ، على أن المشتري يأخذ أيا شاء ، بالثمن الذي بينه البائع ، أو البائع يعطى أيا أراد ، صح البيع ، ويسمى هذا خيار التعيين .
ويقوم من نص المادة :

(١) أن خيار التعيين يصح في القيميات ، لأنها متفاوتة ،

(١) ابن عابدين ج ٤ ص ٦٠ ، ٦١ ، بدائم الصنائع ج ٥ ص ٢٦١ ، ٢٦٢

أما المثليات التي من جنس واحد ، فلا يصح فيها لعدم تفاوتها .
(ب) وأن البيع فيه يكون على واحد من اثنين أو ثلاثة ، لا بعينه ،
فإن وقع على واحد من أربعة ففسد .

وقال زفر : البيع فاسد في الكل لجهالة المبيع جهالة مفضية
للمنازعة ، وهو القياس ، وفي الاستحسان لا يفسد ، لأن الخيار
شرع للحاجة إلى دفع الفين ، ليختار ما هو الأرفق والأوفق ،
والحاجة تندفع بالتحري في ثلاثة ، لوجود : الجيد ، والوسط
والرديء فيها ، والجهالة لا يقضى إلى المنازعة في الثلاثة لتعيين
من له الخيار .

(ح) وأن مدته ثلاثة أيام — وهذا عند أبي حنيفة كخيار
للشرط ، (وبه أخذت اللجنة) وبأية مدة معلومة عند الصاحبين .
(د) وأن من له الخيار يحجر على التعيين في نهاية مدته ، فلو مضت
المدة قبل رد شيء وتصينه ، بطل الخيار ، وانعقد البيع في أحدهما ،
وعليه أن يعين .

ويلزم أن يقول البائع للمشتري : على أنك بالخيار في أيهما شئت ،
أو على أن تأخذ أيهما شئت ، بعد قوله : بعتك إحدى هاتين الدابتين
— مثلا — ليسكون نصا في خيار التعيين وقال في البحر : لأنه لو لم
يذكر هذه الزيادة يكون فاسدا ، لجهالة المبيع .

مادة (٦٧) :

« يثبت للمشتري بخيار التعيين ملك غير لازم في واحد من المبيع غير معين ^(١) » .

المذكرة الإيضاحية

إنما كان الملك الثابت للمشتري بخيار التعيين غير لازم ، لأن خيار التعيين يمنع لزوم العقد .

مادة (٦٨) :

« إذا مات المشتري قبل مضي مدة الخيار تم البيع في أحد الميعين وعلى الوارث تعيينه » ^(٢) .

المذكرة الإيضاحية

إنما كان على الوارث تعيين المبيع ، لأن التعيين ينتقل إليه ، لتمييز ملكه عن ملك غيره .

(١) المرجع السابق . (٢) المرجع السابق .

مادة (٦٩) :

(أ) إذا قبض المشتري المبيعين قبل التعيين وهلكا معا ،
ضمن نصف ثمن كل منهما .

(ب) وإذا هلك أحدهما قبل الآخر ، تعين كون الهالك
مبيعا ، ولزم المشتري ثمنه ، والآخر أمانة^(١) .

المذكرة الإيضاحية

(أ) وإنما ضمن المشتري نصف ثمن كل منهما إذا هلكا معا ،
لأنه ليس أحدهما أولى بالتعيين من الآخر فشاع البيع فيهما جميعاً .
(ب) وإنما تعين كون الميت أولاً مبيعاً ، والآخر أمانة ، لأن
الأمانة منهما مستحق للرد على البائع ، وقد خرج الهالك عن احتمال
الرد فيه ، فتعين الباقي للرد ، فتعين الهالك للبيع ضرورة ، ولزمه ثمنه .

* * *

مادة (٧٠) :

« يسقط خيار التعيين بتعيين المشتري للشيء الذي اختاره ،

(١) المرجع السابق .

أو بتصرف منه يدل على تعيين الملك فيه ، أو بهلاك أحد المبيعين بعد القبض ،^(١) .

المذكرة الإيضاحية

إنما بطل خيار التعيين بتعيين المشتري لشيء الذي اختاره ، لأنه لما اختار أحدهما فقد عين ملكه فيه ، فيسقط الخيار ، ويلزم البيع .

وكذلك كل تصرف هو دليل اختيار الملك .

وإنما بطل الخيار بهلاك أحدهما بعد القبض ، لأن الهالك منهما تعيين للبيع ولزمه ثمنه وتعين الآخر للأمانة ، لأن أحدهما مبيع ، ولآخر أمانة ، والأمانة منهما مستحقة الرد على البائع ، وقد خرج الهالك عن احتمال الرد فيه ، فتعين الباقي للرد ، فتعين الهالك للبيع ضرورة .
* * *

خيار فوات الوصف

مادة (٧١) :

« فوات الوصف المرغوب فيه لا يقابله شيء من الثمن إلا إذا كان مقصوداً ويخير المشتري بين الأخذ أو الترك » .^(٢)

(١) بدائع الصنائع ج ٥ ص ٢٦١ ، ٢٦٢

(٢) ابن عابدين ج ٤ ص ٦٢ ، ٦٣ ، ٦٤

المذكرة الإيضاحية

لو اشترى شاة على أنها حلوب فظهرت بخلاف ذلك ، خير المشتري بين الأخذ أو الترك .

وإنما كان الأخذ بجميع الثمن ، لأن الأوصاف لا يقابلها شيء من الثمن ما لم تكن مقصودة (درر منتقى) . وقصد الوصف بإفراده بذكر الثمن (كما في بيع المذروع) وجواز الترك لقوات الوصف المرغوب فيه .

ولو ادعى المشتري أنها ليست على الصفة التي تم الاتفاق عليها لم يجبر على القبض حتى يعلم بوجود الصفة .

ولو امتنع الرد بسبب ما ، قوم المبيع وهو بالصفة ، وقوم وهو يغير هذه الصفة ورجع بالتفاوت في الأصح .

هذا بخلاف شرائه شاة على أنها حامل أو تحلب كذا رطلا فإنه يفسد ، لأنه شرط فاسد لا وصف ، لكونه شرط زيادة مجهولة لعدم العلم بها ، لأن ما في البطن والضرع لا يعلم حقيقته .

مادة (٧٢) :

« إذا ادعى البائع زوال وصف للمبيع عند رد المشتري له ، فالقول للمشتري إذا لم تقم بينة للبائع ^(١) . »

(١) ابن عابدين ج ٤ ص ٦٣

المذكرة الإيضاحية

لو قال البائع للمشتري عند رده للفرس الذى اشتراه منه كان يحسن السباق لكنه لا يحسن الآن ، فالقول للمشتري ، لأن الأصل عدم إجادته للسباق ، فكان الظاهر شاهداً له . وإن كانت للبائع بينة فالقول قوله .

ولو اشترى فرساً على صفة كان يعلم بوجودها عند البائع لكنها فقدت عنده قبل أن يقبضه المشتري ، فللمشتري رد المبيع لتغيره عند البائع .

وهذا التعليل يناسبه ما لو نسي بعد العقد . أما قبله فالحالة كون الوصف مشروطاً دلالة .



خيار الرؤية

مادة (٧٣) :

(١) من اشترى ما لم يره له الحق فى إمضاء البيع أو فسخه بعد رؤيته للمبيع ، وليس له الفسخ إلا بعد علم البائع ، ولا يكون هذا الخيار إلا فى المعاوضات المالية .

(ب) وهذا الخيار مؤقت مؤقت إمكان الفسخ بعد الرؤية .

(ج) وليس للبائع خيار رؤية إذا باع ما لم يره « (١) » .

المذكرة الإيضاحية

(١) من اشترى شيئاً لم يره فاليبيع جائز ، وله الخيار إذا رآه ، إن شاء أخذه بجميع الثمن ، وإن شاء رده بعد رؤيته له ، سواء رآه على الصفة التي وصفت له ، أو على خلافها ، مثل أن يشتري حنطة في غرارة من غير أن يرى شيئاً ، فله الخيار إذا رأى ذلك الشيء ، ويسمى « خيار الرؤية » لقوله ﷺ : من اشترى شيئاً لم يره فله الخيار إذا رآه .

ولا يصح الفسخ من المشتري إلا بعد علم البائع بالفسخ ، خوف غرور البائع ، بسبب اعتماده على شرائه فلا يطلب لسلمته مشترياً آخر .
ويثبت خيار الرؤية في أربعة مواضع :

١ — في الشراء للأعيان (اللازم تعيينها) ولا تثبت ديناً في الذمة ، ولا يكون خيار الرؤية إلا في الشراء الصحيح .

٢ — وفي الإجارة .

٣ — وفي القسمة : وقسمة الأجناس المختلفة يثبت فيها للخيارات

الثلاث : الشرط ، والعيب ، والرؤية .

(١) ابن عابدين ج ٤ ص ٦٥ - ٦٨ ، وفتح القدير ج ٥ ص ١٣٣ - ١٣٩

وكذا قسمة غير المثليات ، كالثياب من نوع واحد ، والبقر ، والغنم .

أما قسمة ذوى الأمثال كالمسكيات والموزونات . يثبت فيها خيار العيب فقط .

٤ — وفى الصلح عن دعوى المال على شيء بعينه :

وإنما يثبت خيار الرؤية فى هذه الأشياء ، لأن كلا منها معاوضة .
(ب) ويثبت خيار الرؤية مطلقاً غير مؤقت بمدة وهو الأصح ،
ويبقى إلى أن يوجد ما يبطله ، لأنه ثبت حكماً ، لانعدام الرضا ، فيبقى
إلى أن يوجد ما يبطل عدم الرضا .

وقيل هو مؤقت بوقت إمكان الفسخ بعد الرؤية ، حتى لو تمكن
منه ولم يفسخ سقط خياره (بخر) .
(وقد اخذت اللجنة بهذا رأى) .

(ح) وخيار الرؤية حق للمشتري دون البائع ، فلا خيار لبائع
شيء لم يره ، وكون خيار الرؤية غير ثابت للبائع ، هو الأصح ، وقد
أجمع الصحابة على ذلك ، يدل عليه ما روى من أن عثمان بن عفان باع
أرضاً له بالبصرة ، من طلحة بن عبيد الله ، فقيل لطلحة : إنك قد
غبت ، فقال : لى الخيار ، لأنى اشتريت ما لم أره ، وقيل لعثمان : إنك
غبت ، فقال : لى الخيار ، لأنى بعت ما لم أره ، فحكما بينهما جبر
بن مطعم ، ففضى بالخيار لطلحة (للمشتري) وكان ذلك بمحض
من الصحابة :

مادة (٧٤) :

« لا يكون خيار الرؤية الا في مبيع سمي جنسه ووصفه
أو أشير اليه أو الى مكانه » .

المذكرة الإيضاحية

شرط جواز البيع بخيار الرؤية أن يكون المبيع معلوم الجنس
والوصف ، أو مشاراً إليه أو إلى مكانه ، لأنه لا يصح بيع ما لم يعلم
جنسه أصلاً لا بوصف ولا بإشارة لجهالته (١) .

* * *

مادة (٧٥) :

« لا يعتد برضى المشتري بالقول قبل الرؤية ، وفسخه
قبلها يصح » .

المذكرة الإيضاحية

إذا رضى المشتري قبل أن يرى المبيع ، إن كان الرضا بالقول ،

(١) ابن عابدين ج ٤ ص ٦٦ ، ٦٧ ، فتح القدير ج ٥ ص ١٣٩

بأن قال : رضيت ، ثم رآه له أن يرده ، لأن الخيار معلق بالرؤية (بنص الحديث) فلا يثبت قبلها ، ولأن الرضا بالشيء لا يتحقق قبل العلم باوصافه ، والعلم يكون بالرؤية .

وإن أجازاه بالفعل ، بأن تصرف في المبيع يزول خياره .
ولو فسخ المشتري البيع قبل أن يرى المبيع صح فسخه في الأصح ، لعدم لزوم البيع بسبب جهالة المبيع ، فلم يقع لازماً ، وما كان غير لازم عليه ، له أن يفسخه (١) .

مادة (٧٦) :

« رؤية ما يدل على العلم بالمقصود كافية لسقوط الخيار في المبيع الواحد ، وفي المتعدد الذي لا تتفاوت آحاده » .

المذكرة الإيضاحية

الأصل في هذا أن رؤية جميع المبيع غير مشروطة لتعذرهما ، فيكتفى برؤية ما يدل على العلم بالمقصود . والمراد أن رؤية ذلك قبل الشراء كافية في سقوط خياره بعده ، لأنه قد اشترى ما رأى فلا خيار له .

(١) ابن عابدين ج ٤ ص ٦٨ ، ٦٩ ، فتح القدير ج ٥ ص ١٣٩

والمبيع إما أن يكون :

(أ) شيئاً واحداً : وفي هذه الحالة ليست رؤية الجميع شرطاً لبطلان خيار الرؤية ، لأن رؤية الجميع قد تكون متعذرة ، مثل أن يكون المبيع ثوباً مطويّاً ، فإن البائع يتضرر بانكسار ثوبه بالطي والنشر ، فيكتفي برؤية ما يدل على العلم بالمقصود على حسب اختلاف المقاصد .

وقال زفر : لا بد من نشر كله . وهو المختار .

(ب) أو أشياء متعددة آحاده متفاوتة : كالتياب والدواب ، فلا بد من رؤية كل واحد ، لأن رؤية البعض لا تعرف الباقي لتفاوت آحاده .

(ج) أو أشياء متعددة آحاده غير متفاوتة : كالسكيل والموزون والعددي المتقارب فيكتفي برؤية واحد منها في سقوط الخيار ، لأن رؤية البعض يعرف الباقي لعدم التفاوت . إلا أن يكون للباقي أردأ مما رأى ، فإن كان معيباً يبقى خيار الرؤية والعيب ، وإن كان غير معيب يبقى خيار الرؤية (١) .

مادة (٧٧) :

« يسقط خيار الرؤية برؤية وكيل القبض أو الشراء ،

دون رؤية الرسول » .

(١) ابن عابدين ج ٤ ص ٧٠ ، ٦٨ ، ٦٩ ، وفقه القدير ج ٥ ص ١٤٢ ، ١٤٣

المذكرة الإيضاحية

تضمن نص المادة : حكم رؤية وكيل الشراء ، ورؤية وكيل القبض ، ورؤية رسول القبض أو الشراء .

وصورة التوكيل بالشراء : أن يقول المشتري للوكيل : كن وكيلاً عني بشراء كذا ، فرؤية هذا الوكيل تسقط الخيار بالإجماع ، هذا لو وكله بشراء شيء لا بعينه ، لأن المعين ليس للوكيل فيه خيار رؤية ، وإذا شري الوكيل ما رآه موكله ، ولم يعلم برؤية الموكل ، فله الخيار إذا لم يره (كما في جمع الفصولين) وهذا بخلاف ما إذا وكله بالرؤية مقصوداً ، وقال : إن رضيته غذه ، لا يصح التوكيل ، ولا تصير رؤيته كرؤية موكله (جامع الفصولين) قال في البحر : لأنها مباحات لا يتوقف على توكيل ، إلا إذا فوض إليه الفسخ والإجازة . وإذا رأى الوكيل المبيع قبل أن يوكل بشرائه ، فلا أثر لرؤيته هذه ولا يسقط بها الخيار (نهر) .

وصورة التوكيل بالقبض : كن وكيلاً عني بقبض ما اشتريت وما رأيته ، وهذه تسقط الخيار عند أبي حنيفة إذا قبضه ناظراً إليه ، فحينئذ ليس له ولا للموكل أن يردّه إلا بعيب ، أما إذا قبضه مستوراً ثم رآه فأسقط الخيار فانه لا يسقط لأنه لما قبضه مستوراً انتهى للوكيل بالقبض الناقص ، فلا يملك إسقاطه إن قصداً ، لصيرورته أجنبياً .

وإن أرسل رسولاً لقبضه فقبضه بعد ما رآه فللمشتري أن يرده
وصورة ذلك أن يقول : كن رسولاً عني في قبضه ، أو أمرتك بقبضه ،
أو أرسلتك لتقبضه .

وقال أبو يوسف ومحمد : الوكيل بالقبض والرسول سواء في أن
قبضهما بعد الرؤية لا يسقط خيار المشتري (١) .

* * *

مادة (٧٨) :

« يثبت خيار الرؤية للأعمى :

١ - في المنقول بما يقوم عنده مقام الرؤية .

٢ - وفي العقار بالوصف .

المذكرة الإيضاحية

(١) يبيع الأعمى وشراؤه صحيح ، وله خيار الرؤية إذا اشترى ،
ويكون ذلك بحسب المبيع ، أو شمه ، أو ذوقه ، فيما يعرف بذلك ،
وبوصف العقار له ووصف كل مالا يعرف بحسب أو شم أو ذوق ،
لأن الوصف يقوم مقام الرؤية ، وبكل ما يقف به على صفة المبيع

(١) ابن عابدين ج ٤ ص ٧٠ ، ٧١

أو بنظر وكيهه بالشراء أو القبض ولو أبصر بعد ذلك فلا خيار له ،
لأنه قد سقط .

(ب) ويسقط خياره إذا وجد منه الجس أو الشم أو الذوق .. الخ
قبل الشراء أما لو اشترى قبل أن يوجد ذلك منه لا يسقط خياره .
بل يثبت له الخيار بالاتفاق ، ويمتد الخيار إلى أن يوجد منه ما يدل
على الرضا من قول أو فعل كأن يشتري أرضاً ويأمر آخر بزرعها له .
فيسقط خياره ، كما يسقط الخيار بتعيب المبيع عنده أو بهلاك بعضه (١).

مادة (٧٩) :

« ليس لمن له خيار الرؤية أن يرد بعض المبيع دون
البعض الآخر » .

المذكرة الإيضاحية

تقدم في شرح المادة (٥٤) أن في الجمع بين الأشياء المتفاوتة
الأحاد في البيع ، أن رؤية بعضها لا يعرف الباقي . بل لا بد من رؤية
كل واحد منهما ؛ وعلى هذا إذا رأى أحد الثوبين مثلاً فاشترىهما ثم

(١) ابن عابدين ج ٤ ص ٧٠ ، ٧١

رأى الآخر ، فله الخيار . اكس لايرد الذى رآه وجده . بل يردّها
معاً إن شاء ، كى لايلزم تفريق الصفة قبل التمام ، لأن الصفقة لا تتم
مع خيار للرؤية قبل القبض وبعده (١) .

مادة (٨٠) :

« شراء المشتري الشيء بعد رؤيته لقصد شرائه مسقط
الخياره ، إذا كان ما رآه لم يتغير ، والقول للبائع بيمينه إذا
اختلفا ان كانت المدة قريبة ، وللمشتري ان كانت بعيدة » .

المذكرة الإيضاحية

من اشترى شيئاً سبقت له رؤيته ، وكان قاصداً لشرائه عند تلك
الرؤية ، علماً بأنه هو الذى سبقت له رؤيته وقت الشراء ، فلا خيار
له ، لأن العلم بأوصافه حاصل له بتلك الرؤية السابقة ، إلا إذا كان
لايعلم أنه هو الذى رآه — كما إذا اشترى ثوباً ملفوفاً كان رآه من
قبل وهو لايعلم أن الذى اشتراه هو ذلك المرئى . فان له الخيار
فى هذه الحالة لعدم الرضا به .

(١) ابن عابدين ج ٤ ص ٧١ ، فتح القدير ج ٥ ص ١٤٨

وإن وجدته متغيراً عن الحالة التي رآه عليها . كان له الخيار ؛ لأن تلك الرؤية لم يقع معلمة بأوصافه فكأنه لم يره .

وإذا اختلف البائع والمشتري في تغير المبيع ، فقال البائع لم يتغير ، وقال المشتري تغير ، فالقول للبائع مع يمينه ، لأن دعوى التغير — بعد ظهور سبب لزوم العقد وهو رؤية ما يدل على المقصود من البيع — دعوى أمر حادث بعده والأصل عدمه والمشتري يدعيه ، والبائع ينكره ، والقول للمنكر مع يمينه ، إلا إذا بعدت المدة بين رؤية المبيع وبين شرائه ، فينثذ يكون القول للمشتري ، لأن الظاهر يشهد له ، فإن الشيء يتغير بطول الزمان ، ومن يشهد له الظاهر فالقول قوله . قال شمس الأئمة : وبه يفتى الصدر الشهيد ، والإمام المرغيناني فيقول : إن كان لا يتفاوت في تلك المدة غالباً فالقول للبائع ، وإن كان التفاوت غالباً فالقول للمشتري . مثاله :

لو رأى دابة فاشترها بعد شهر وقال : تغيرت ، فالقول للبائع ، لأن الشهر في مثله قليل .

والمراد بالتغير بنقصان بعض الصفات ، كنقص الحسن أو القوة ، لا بعروض عيب لأن عروضه قد يكون في أقل من شهر ، وبه يثبت خيار العيب (١) .

(١) ابن عابدين ج ٤ ص ٧١ ، ٧٢ ، وفتح القدير ج ٥ ص ١٤٩ ، ١٥٠

مادة (٨١) :

« اذا اختلف البائع والمشتري في أصل الرؤية فالقول للمشتري مع يمين » .

المذكرة الإيضاحية

لو اختلف البائع والمشتري في أصل الرؤية : فقال البائع : رأيت المبيع وقال المشتري : لم أره ، فالقول للمشتري مع يمينه ؛ لأن البائع يدعى أمرا عارضا هو العلم بصفة المبيع والمشتري : ينكر ، والقول قول المنكر مع يمينه (١) .

* * *

مادة (٨٢) :

« تصرف المشتري في المبيع يسقط خيار الرؤية ولا يرد المبيع الا لعيب ، وان عاد المبيع للمشتري لا يعود الخيار »

(١) ابن عابدين ج ٤ ص ٧٢ ، فتح القدير ج ٥ ص ١٥٠

المذكرة الإيضاحية

مثال ذلك : من اشترى صندوقاً به ثياب ، ولم يره وقبضه ، وباع ثوباً منه أو وهبه ، ثم رأى الباقي ، ليس له أن يرد شيئاً منها إلا لعيب ، لأنه تعذر الرد فيما أخرجه عن ملكه ، فلو رد الباقي فقط ، كان تفريقاً للصفقة على البائع قبل التمام وهو غير جائز ، لأن خيار الرؤية يمنع تمام البيع ، بخلاف خيار العيب ، فإن الصفقة تتم معه بعد القبض ، أما قبل القبض فإنه يمنع التمام .

ولو عاد إلى المشتري ما باعه أو وهبه ، هل يعود خيار الرؤية ؟ .. ذكر شمس الأئمة السرخسي : أنه يعود ، وله أن يرد السكل بخيار الرؤية ، لارتفاع المانع من الأصل ، وهو تفريق الصفقة ، وعن أبي يوسف لا يعود ، لأن الساقط لا يعود إلا لسبب جديد ، وصحح هذا القول قاضيخان ، وعليه اعتماد القدوري (١) .

* * *

خيار العيب

مادة (٨٣) :

« من اشترى شيئاً ووجد به عيباً فله الخيار في رده

(١) ابن هابدين ج ٤ ص ٧٢ ، ١٣ وفتح القدير ج ٥ ص ١٥٠

أو أخذه بكل ثمنه ، وليس له إمساكه وإنقاص ثمنه إلا
برضى البائع .

المذكرة الإيضاحية

حكم خيار العيب أنه يمنع لزوم العقد بعد تمامه ، فإذا أطلع المشتري
على عيب في المبيع فهو بالخيار إن شاء أخذه بجميع الثمن ، وإن شاء
رده ، لأن مطلق العقد يقتضى وصف السلامة في المعقود عليه من
العيب . لما روى أن رسول الله صلى الله عليه وسلم اشترى من عدا
ابن خالد بن هوذة عبدا وكتب في عهده هذا ما اشترى محمد رسول
الله من العدا بن خالد بن هوذة عبدا لاداء ولا غائلة ولا خبيثة بيع
المسلم من المسلم — وفي هذا تنصيص على أن البيع يقتضى سلامة
المبيع عن العيب ، ووصف السلامة يفوت بوجود العيب ، فعند فواته
يتخير ، لأن الرضا داخل في حقيقة البيع ، وعند فواته ينتفى الرضا
فيتضرر بلزوم مالا يرضى به . وهذا التخيير إذا لم يتعين على المشتري
إمساكه وذلك إذا وجد مانع يمنع الرد ، بأن حدث عنده عيب آخر ،
فيتعين في هذه الحالة أخذ المبيع .

وليس للمشتري أن يمسك المبيع ويطالب البائع بما يقابل نقصان العيب من الثمن ، لأن العيب وصف ، والأوصاف لا يقابلها شيء من الثمن في مجرد العقد ، ولأن الثمن عين ، فإنما يقابله بمثله ، والوصف دونه فانه عرض لا يحرز بانفراده فلا يقابل به إلا تبعاً لعروضه غير متفرد به ، ولأن البائع لم يرض بزوال المبيع عن ملكه بأقل من المسمى ، وفي إمساكه وأخذ النقصان زواله بالأقل فلم يكن مرضية وعدم رضا البائع بزوال المبيع مناف لوجود البيع ، فيكون إلزاماً على البائع بلا بيع وفيه من الضرر مالا يخفى ، والمشتري وإن كان يتضرر بالعيب لكن يمكن تداوكه برد المبيع بدون مضرة ، فلا ضرورة في أخذ النقصان .

فان رضى البائع بامساك المشتري المبيع المعيب ونقص ثمنه فله أن يمسكه (١) .

* * *

مادة (٨٤) :

« العيب المثبت للخيار هو ما يوجب نقصاً في القيمة ولا يزال إلا بمشقة » .

(١) ابن عابدين ج ٤ ص ٧٤ ، ٧٥ ، فتح القدير ج ٥ ص ١٥١ - ١٥٣

المذكرة الإيضاحية

هذا ضابط العيب الذي يرد به المبيع ، لأن ثبوت الرد بالعيب لتضرر المشتري وما يوجب نقصان الثمن يتضرر به ، والمرجع في كونه عيباً أولاً لأهل الخبرة بذلك وهم التجار وأرباب الصنائع إن كان المبيع من المصنوعات ، فالمرجع في معرفة العيب عرف أهله ، سواء كان العيب ينقص العين ، أو لا ينقص منافعها . بل مجرد النظر إليها .
والأ يتمكن من إزالته إلا بمشقة (١) .

* * *

مادة (٨٥) :

(١) العيب الطارئ عند المشتري بغير فعل البائع يمنع رد المبيع إلا برضى البائع ولا يضمن البائع إلا ما نقص العيب الأول الذي كان بالمبيع عنده .

(ب) وإن كان العيب بفعل البائع وكان قبل القبض فللمشتري رده أو أخذه بكل الثمن ويرجع بحصته من الثمن إن كان بعد القبض .

(١) ابن عابدين ج ٤ ص ٧٥ فتح القدير ج ٥ ص ١٥٣

المذكرة الإيضاحية

(١) إذا حدث عيب في المبيع عند المشتري — بغير فعل البائع — بأفة مماوية أو غيرها ، ثم أطلع على عيب كان عند البائع ، فللمشتري أن يرجع بنقصان العيب القديم ، بأن يقوم المبيع سليما عن العيب القديم ، ويقوم معيبا به ، فما كان بينهما من فرق الثمن يرجع به على البائع ، وليس له أن يرد المبيع ، لأن في الرد اضراراً بالبائع بخروج المبيع من ملكه سليما من العيب الحادث ، وعوده إليه معيبا به ، والاضرار ممتنع ، إلا أن يرضى البائع أن يأخذه بعينه الحادث ، لأنه رضى بالضرر ، والرضا إسقاط لحقه ، إلا أن يمتنع أخذه إياه لحق الشرح بأن كان المبيع عصيرا فتخمر عند المشتري ، ثم أطلع على عيب فانه لو أراد البائع أن يأخذه بعينه لا يمكن من ذلك لما فيه من تملك الحمر وتملكها ومنعهما من ذلك حق الشرع ، فلا يسقط بتراضيهما على إهداره .

فان قيل : قد تقدم أن الأوصاف لا يقابلها شيء من الثمن .

أجيب : بأنها إذا صارت مقصوده بالتناول حقيقة أو حكما ، كان لها حصة من الثمن وهي هنا كذلك .

والرجوع بالنقصان إنما يكون إذا لم يمتنع الرد بفعل مضمون من جهة المشتري ، أما إذا امتنع الرد بفعل مضمون من جهته ، كأن

باع المبيع أو وهبه وسلمه ثم أطلع على عيب فليس له حق الرجوع بالنقصان .

ولو امتنع الرد بفعل غير مضمون له أن يرجع بالنقصان ولا يرد المبيع « كامتناع الرد لحق الشرع » .

(ب) فإن كان العيب بفعل البائع أو أجنبي ، فإن كان بعد القبض رجع المشتري بحصة العيب الأول وامتنع الرد (بحر) ووجب أرش العيب الحادث بفعل البائع ، فحينئذ يرجع على البائع بشيئين :
١ — حصة العيب الأول من الثمن .

٢ — أرش العيب الثاني (ط) .

ولو كان العيب الثاني بفعل أجنبي رجع بالأرش عليه (على الأجنبي) .
وأما إذا كان حدوث العيب الثاني بفعل قبل القبض ، خير المشتري — سواء وجد به عيباً أولاً — بين أخذه مع طرح حصة النقصان من الثمن وبين رده وأخذ كل الثمن .
وكذا لو كان بفعل أجنبي فإنه يحذر ، ولكنه إن اختار الأخذ رجع بالأرش على الجاني (١) .

* * *

[خيار العيب]

مادة (٨٦) :

« إذا حدثت زيادة في المبيع ثم وجد المشتري به عيباً ،

(١) ابن عابدين ج ٤ ص ٧٢ ، ٧٣ ، فتح القدير ج ٥ ص ١٥٩ ،

فله رد المبيع في الزيادة المتصلة المتولدة قبل القبض وبعده ،
وفي المنفصلة المتولدة قبل القبض وفي المنفصلة غير المتولدة قبل
القبض وبعده ، وليس له الرد في المتصلة الغير متولدة مطلقا ،
والمنفصلة المتولدة بعد القبض ويرجع بالنقصان .

المذكرة الإيضاحية

الزيادة نومان : متصلة ، ومنفصلة ، وفي كل إما أن تكون متولدة
أو غير متولدة وهذه الزيادة إما أن تكون قبل القبض أو بعده .

فالزيادة المتصلة المتولدة ، كالسمن والجمال لا تمنع الرد قبل
القبض ، وكذا بعده في ظاهر الرواية ، وللمشتري الرجوع بالنقصان ،
وليس للبائع قبوله عندهما ، وعند محمد له ذلك .

والمتصلة الغير متولدة ، كعرس وبناء وصبغ وخياطة ، وهذه
يمنع الرد مطلقا قبل القبض وبعده .

والزيادة المنفصلة المتولدة ، كالولد والثر فقبل القبض لا تمنع ،
فان شاء ردها أو رضى بهما بجميع الثمن ، وبعد القبض تمنع الرد ،
ويرجع بمحصة العيب .

والمنفصلة الغير متولدة ، ككسب وغلة وهبة ، فقبل القبض لا تمنع الرد ، فاذا رد ، فالزيادة للمشتري بلائمن عند أبي حنيفة ولا تطيب له ، وعندهما للبائع ولا تطيب له .
وبعد القبض لا تمنع الرد أيضا وتطيب له الزيادة (١) .

مادة (٨٧) :

« إذا تصرف المشتري في المبيع ثم علم بعيب فيه رجع بنقصانه ، إلا إذا كان التصرف بالمبيع فإنه يرد ما بقي ولا يرجع بالنقصان » .

المذكرة الإيضاحية

لو كان المبيع طعاما فأكله المشتري كله أو بعضه ثم علم بعيب كان فيه ، فإنه يرجع بالنقصان استحسانا عند أبي يوسف ومحمد وعليه الفتوى (بحر) وروى عنهما : يرد ما بقي ويرجع بنقصان ما أكل وعليه الفتوى (اختيار وقهستاني) وعن أبي حنيفة انه لا يرجع وهو الاستحسان (هداية : عناية : فتح : تبين) .

(١) ابن عابدين ج ٤ ص ٨٦ ، ٨٧

ولو كان الطعام في وعاءين فأكله ثم أطلع على عيب فله رد الباقي
بمحضته من الثمن اتفاقاً (ابن كمال وابن فلك) .

وإن باعه ثم أطلع على عيب فعند أبي حنيفة وأبي يوسف لا يرد
ما بقي ولا يرجع بالنقصان ، وعند محمد يرد ما بقي ولا يرجع بنقصان
ما باع ، وعليه الفتوى (جامع الفصولين عن الحائنة) .

ويقهر من هذا أن المفقى به ، أنه لو باع البعض أو أكله يرد
الباقي ويرجع بنقصان ما أكل لا ينقص ما باع .

والفرق : أنه بالأكل تقرر العقد فتقرر أحكامه ، وبالبيع ينقطع
الملك فتنتقطع أحكامه .

وكذلك الحكم في كل تصرف من المشتري في المبيع لا يخرج
عن ملكه (١) .

* * *

مادة (٨٨) :

« إذا باع المشتري ما اشتراه ثم رد عليه بعيب ، فإن كان
الرد بعد القبض بحكم القاضى رده على بائعه الأول ، وإن كان
برضاه لا يرده . »

(١) ابن عابدين ج ٤ ص ٨٦ ، ٨٧

وإن كان الرد قبل القبض رده مطلقا في المنقول دون
العقار .

المذكرة الإيضاحية

إذا باع المشتري ما اشتراه ثم رد عليه بعد القبض بعيب ، فإن كان
الرد بقضاء القاضى سواء كان باقراره ، أو بنكوله عن اليمين ، أو بيينة ،
فله أن يرده على بائعه الأول لأنه بالقضاء فسخ من الأصل ، فجعل
البيع كأن لم يكن ، إلا إذا حدث به عيب آخر عند البائع الثانى ،
ثم رده عليه المشتري منه بالعيب القديم فلا يرده على بائعه بل يرجع
عليه بنقصان العيب القديم ، لأن العيب الحادث عنده بمنعه من الرد .

ولو كان الرد قبل القبض فللمشتري الأول ان يرده على البائع
الأول مطلقا سواء رد عليه بقضاء أو برضا المشتري الأول (البائع
الثانى) لأن بيع المبيع قبل قبضه لا يجوز فلا يمكن جعله يباعا جديدا
فى حق غيرها فجعل فسخا من الأصل فى حق الكل ، وهذا فى غير
العقار لأن فى العقار اختلاف المشايخ فعند أبى حنيفة بيع جديد فى حق
البائع الأول ، لأن العقار يجوز بيعه قبل القبض عنده فليس له أن يرده

على بائعه كأنه اشتراه بعد ما باعه وعند محمد فسخ لأنه لا يجوز بيعه قبل القبض عنده ، وعند أبي يوسف بيع في حق الكل .

وإن كان الرد برضا البائع (المشتري الأول) بغير قضاء لا يرد على البائع الأول سواء يحدث مثله أو لم يحدث مثله في الأصح لأنه إقالة ، لأن الرد بالعيب بعد القبض إقالة وهي بيع جديد في حق الثالث ، وفسخ في حق المتعاقدين ، والبائع الأول ثالثهما فصار في حقه كأن المشتري اشتراه من الثاني ، فلا خصومة له مع بائعه لا في الرد ولا في الرجوع بالنقصان . بخلاف الرد بالقضاء ، لأنه فسخ في حق الكل لمعوم ولايته ، فيصير كأن البائع الأول لم يبيعه (١) .

مادة (٨٩) :

« إذا قبض المشتري المبيع ثم ادعى عيبا فيه لا يجبر على دفع الثمن إن أثبت العيب أو نكل البائع عن الحلف ، فإن عجز المشتري عن الإثبات يحلف البائع على نفي العيب ويأخذ الثمن » .

(١) ابن هابدين ج ٤ ص ٩٠ ، ٩١ ، وفتح القدير ج ٥ ص ١٦٥-١٦٧ ،
ومجمع الأنهر ج ٢ ص ٤٨

المذكرة الإيضاحية

إذا قبض المشتري المبيع ثم ادعى عيبا موجبا للفسخ أو للحط من الثمن — كأن حدث عنده عيب آخر ، فإنه يحط من الثمن نقصان العيب — فإنه لا يجبر المشتري على دفع الثمن للبائع لاحتمال أن يكون صادقا في دعواه ، وعليه أن يقيم البينة لإثبات العيب بأنه وجد بالمبيع عنده . لأنه إذا لم يوجد عنده ليس له أن يرده ، وإن كان موجودا عند البائع لاحتمال أنه زال ، فإذا برهن على أنه وجد العيب عنده يحتاج أن يبرهن أيضا أن هذا العيب كان بالمبيع عند البائع ، لاحتمال أنه حدث عند المشتري ، فإذا أثبتته كذلك رد المبيع على البائع أو قبله ودفع الثمن .

وإذا عجز المشتري عن إثبات البرهان يحلف البائع على نفي العيب عنده ، ويدفع المشتري الثمن ، وإقامة المشتري البرهان أولا ، ثم حلف البائع إن عجز هو الرأي الصحيح .

ويلزم البائع حكم العيب إن نكل عن الحلف ، لأن النكول حجة في المال بخلاف الحدود (١) .

* * *

(١) ابن عابدين ج ٤ ص ٩١ وجمع الانهر ج ٢ ص ٤٨

مادة (٩٠) :

« إذا استحق بعض المبيع قبل القبض يخير المشتري في الباقي قيمياً أو مثلياً ، وبعد القبض يخير في القيمي » .

المذكرة الإيضاحية

إذا استحق بعض المبيع فإن كان استحقاقه قبل القبض ، خير المشتري في الكل (أى في القيمي والمثلي) لتفريق الصفقة عليه قبل تمامها ، لأنها قبل القبض لم تتم فلذا كان له الخيار ، فبخير في الباقي بعد الاستحقاق بين إمساكه ورده ، وإن كان بعد القبض خير في القيمي لا في غيره ، لأن النبيع في القيمي كالثوب عيب فيه خير بخلاف المثلي لأنه لا يضره النبيع .

وإن كان بعد القبض فلا خيار له ورجع بضمن المستحق .
وقال الحصاف له أن يرد الكل ويرجع بالثمن ، وفي شرح الطحاوى إذا اشترى شيئاً ثم استحق بعضه . فإن كان شيئاً لا يمكن تمييزه إلا بضرر كالدار والأرض والكرم يتخير المشتري وإلا فلا .

(١) ابن عابدين ج ٤ ص ٩٣

مادة (٩١) :

(أ) إذا قبض المشتري أحد البيعين ، ثم استحق أحدهما أو تعيب ، يخير في الآخر بين أخذه أو تركه .

(ب) وإن قبض الكل ، ثم استحق بعضه ، بطل البيع بقدره ، ويخير في الباقي إن ترتب على الاستحقاق عيب .

المذكرة الإيضاحية

من اشترى شيئين فقبض أحدهما ، ثم استحق أحدهما أو تعيب سواء كان المقبوض أو غيره ، ثبت له الخيار لتفريق الصفقة قبل التمام .

وفي جامع الفصولين عن شرح الطحاوي : لو استحق بعض المبيع قبل قبضه بطل البيع في قدر المستحق ، ويخير المشتري في الباقي سواء أورث الاستحقاق عيبا في الباقي أولا لتفريق الصفقة قبل التمام .

وكذلك الحكم لو استحق بعد قبض بعضه سواء استحق المقبوض أو غيره .

ولو قبض كله فاستحق بعضه بطل البيع بقدره ، ثم لو أُرث

الاستحقاق عيبا فيما بقي ينجح المشتري ، ولو لم يورث عيبا فيه كثوين
استحق أحدهما ، أو كيلي أو وزنى استحق بمضه ولا يضر تبعضه ،
فالمشتري يأخذ الباقي بلا خيار (١) .

* * *

مادة (٩٢) :

« خيار العيب يكون على التراخي وللمشتري الرد ما لم
يوجد مبطل له ، فإن لم يجد البائع حتى هلك المبيع يرجع
بالنقصان » .

المذكرة الإيضاحية

خيار العيب بعد وؤية العيب يكون على التراخي على المعتمد ،
وما في الحاوى من أنه إذا أمسكه بعد الاطلاع على العيب مع قدرته
على الرد كان رضا غريب (بحر) .
فلو وجد عيبا بخاصم ثم ترك ثم عاد وخاصم فله الرد ما لم يوجد
مبطله كدليل الرضا (فتح) .

وفي الخلاصة : وجد بالمبيع عيبا ولم يجد البائع ليرده فاطعمه

(١) ابن عابدين ج ٤ ص ٩٣، ٩٤

وأمسكه ولم يتصرف فيه تصرفاً يدل على الرضا فإنه يردّه على البائع لو حضر ، ولو لم يجد البائع حتى هلك ، مرجع بالنقصان ، ولا يرجع على بائعه بالثمن (١) .

مادة (٩٣) :

« استعمال المشتري للمبيع المعيب بعد علمه بالعيب يعتبر رضا به يمنع الرد والرجوع بالنقصان » .

المذكرة الإيضاحية

لو أطلع المشتري على عيب في المبيع ثم استعمله بأن كان ثوبا فلبسه أو دابة فركبها لحاجته يعتبر رضا دلالة ، ولو كان ركوبه الدابة لينظر إلى سيرها ولبس الثوب لينظر إلى قدره كما في النهر وغيره .
والفرق بينه وبين خيار الشرط كما في الذخيرة : أن خيار الشرط مشروع للاختبار ، واللبس والركوب مرة يراد به ذلك بخلاف خيار العيب فإنه شرع للرد ليصل إلى رأس ماله عند المعجز عن الوصول إلى الفائدة فلا يحتاج إلى أن يختبر المبيع .

(١) ابن عابدين ج ٤ ص ٩٤

وكذلك كل مفيد رضا بعد علمه يكون ذلك عيباً يمنع الرد وأوش
نقصان العيب تعرض المبيع على البيع ولو بأمر البائع ، بأن قال له :
اعرضه على البيع فإن لم يشتد مثله رده على .

ومما يدل على الرضا بالعيب بعد العلم به ، الإجازة والعرض عليها ،
والمطالبة بالقلعة والرهن . أما لو آجره ثم علم بالعيب فله نقضها للعذر
ويرده بخلاف الرهن فلا يرده إلا بعد فكاه (١) .

مادة (٩٤) :

« يكون القول للمشتري مع يمينه إذا اختلف مع البائع بعد
القبض في عدد المبيع أو المقبوض عند رده للمبيع المعيب » .

المذكرة الإيضاحية

اشترى شيئاً وتقابض المتبايعان المبيع والتمن ، ثم ظهر عيب
في المبيع فجاء المشتري ليرده ، فاعترف البائع بالعيب ، إلا أنه قال له :
بعثك هذا الشيء وآخر معه ، فلك على رد حصة هذا المعيب فقط
من الثمن لا كل الثمن ، وقال المشتري : بعثني هذا الشيء وحدة

(١) ابن عابدين ج ٤ ص ٩٤

فاردد كل الثمن ، ولا بينة لأحد ، فالقول للمشتري ، لأن هذا الاختلاف في مقدار المقبوض ، والقول فيه للقابض أمينا كان أو ضمينا ، ولأن البيع انفسخ في المردود بالرد وذلك مسقط للثمن عن المشتري ، والبائع يدعى لنفسه بعض الثمن بعد ما ظهر سبب السقوط والمشتري ينسكرك ، والقول قول المنسكرك ، وصار كالغصب إذا ادعى المقتصوب منه أنه غصبه هذا مع آخر ، أو حدث فيه زيادة فانسكرك الغاصب فالقول قوله .

وان اتفقا على مقدار المبيع ثم قال البائع قبضته وإنما تستحق حصة هذا ، وقال المشتري لم أقبض من المبيع سوى هذا يكون القول قول المشتري ، لأنه قابض والقول للقابض في قدر المبيع أو المقبوض وفي صفته ، وفي التعيين (١) .

* * *

مادة (٩٥) :

« إذا اشترى شخص شيئين يمكن إفراد أحدهما بالمنفعة ، وقبض أحدهما ووجد بأيهما عيبا ، فله أخذهما معا أو ردهما معا . وإن قبضهما رد المعيب وحده ، إلا إذا كان لا ينتفع بالآخر وحده فله ردهما أو أخذهما » .

(١) ابن عابدين ج ٤ ص ٩٦ ، وفتح القدير ج ٥ ص ١٧٤

المذكرة الإيضاحية

إذا اشترى ثوبين في عقد واحد وقبض أحدهما ووجد به
أو بالآخر عيبا ، إن شاء ردهما معا أو أخذهما معا بجميع الثمن .
ولا يرد المعيّب وحده ، لأن الصفقة إنما تتم بقبضهما لأنها تتم بقبض
المبيع ولم يوجد ، فيكون رد أحدهما تفريقا للصفقة قبل التمام ،
ورّد أحدهما بعد قبض الآخر فقط يكون تفريقا للصفقة قبل تمامها ،
ولأن القبض له شبه بالعقد ، فالتفريق فيه كالتفريق في العقد .

وعن أبي يوسف أنه يرد المقبوض خاصة ، لأن الصفقة فيه تمت
لتناهيها فيه .

والأصح الأول ، لأن تمام الصفقة يتعلق بقبض المبيع وهو
اسم للكل .

وإن قبضهما ثم ظهر العيب فإنه يرد المعيّب وحده ، لأنه تفريق
بعد التمام فلا يمنع الرد وحده خلافا لزفر ، لأنه لا فرق بينه وبين
ما تقدم ، لأن فيه تفريق للصفقة .

هذا الحكم إذا كان يمكن الانتفاع بأحدهما وحده ، أما إذا
لم يمكن الانتفاع بأحدهما كما إذا اشترى خفين ووجد في أحدهما
عيبا لا يرد المعيّب وحده اتفاقا ، لأنهما في المعنى والمنفعة كشئ
واحد ، والمعتبر هو المعنى ، ولهذا قالوا لو اشترى زوجي ثورا وقبضهما

ثم وجدوا بأحدهما عيبا وقد أُلِف أحدهما الآخر بحيث لا يعمل
بدونه لا يملك رد المعيب خاصة . بل له رده كله أو أخذه .

وكذلك الحكم لو كان المبيع كيلا أو وزنيا وقبضه ووجد
بعضه عيبا ، فإن له رده كله أو أخذه كله بعيبه لأنه كشيء واحد .
ولو في وعاءين (١) .

مادة (٩٦) :

« إذا ظهر عيب في المبيع المشتري من البائع الغائب ،
فأثبتته المشتري عند القاضي ، فوضعه عند عدل ، فإن هلك
ضمنه المشتري ، إلا إذا قضى القاضي بالرد على البائع
فلا يضمن » .

المذكرة الإيضاحية

إذا اشترى من البائع الغائب ثم ظهر عيب في المبيع وأثبتته المشتري
عند القاضي فوضعه القاضي عند عدل أمين يحفظه لبائعه . فإن هلك

(١) ابن عابدين ج ٤ ص ٩٧ ، فتح القدير ج ٥ ص ١٧٤ ، ١٧٥

المبيع عند المدل هلك على المشتري . إلا إذا قضى القاضى بالرد على
بائعه ، لأن القضاء على الغائب بلا خصم ينفذ على الأظهر (أى لو كان
القاضى يرى ذلك) كشافى ونحوه بخلاف الحنفى (١) .

* * *

مادة (٩٧) :

يصح البيع بشرط براءة البائع من كل العيوب ، وتشمل
العيب الموجود ، والحادث بعد العقد قبل القبض ، إلا إذا
أبرأه من كل عيب به فلا يدخل الحادث .

المذكرة الإيضاحية

يصح البيع بشرط أن يبرىء البائع نفسه من العيوب : كان يقول
البائع للمشتري بعتك هذه الدابة على أنى برى من كل عيب ، أو هذه
الدار على أنها كوم تراب — يراد بذلك إشتهاها على جميع العيوب
فإذا اتم البيع على هذه الصفة ورضيه المشتري فلا خيار له لأنه قبله
بكل عيب يظهر فيه .

وإن لم تذكر العيوب يصح البيع لأن الإبراء لا يفضى إلى المنازعة ،

(١) ابن عابدين ج ٤ ص ٩٩

قال في الفتح . ولنا أن الإبراء إسقاط حتى يتم بلا قبول . كما لو طلق نسوته . والإسقاط لا تبطله جهالة الساقط ، لأنها لا تقضى إلى المنازعة .

ويدخل في البراءة العيب الموجود وقت العقد والحادث بعده قبل القبض فلا يرد المبيع بعيب موجود أو حادث ، وعند محمد : البراءة تتناول الثابت وهو الموجود وقت العقد فقط ، ولأبي حنيفة وأبي يوسف أن الملاحظ هو المعنى ، والغرض من هذا الشرط التزام العقد بإسقاط المشتري حقه عن وصف السلامة ليلزم على كل حال ، ولا يطالب البائع بحل ، وذلك بالبراءة عن كل عيب يوجب للمشتري المحدد ، والحادث بعد العقد كذلك ، فاقضى الفرض المعلوم دخوله (١) .

ولو أبرأه من كل عيب به لا يدخل الحادث إتفاقاً .

* * *

مادة (٩٨) :

« الإبراء من كل داء يقع على ما في الباطن ، وما سواه مرض » .

(١) ابن عابدين ج ٤ ص ٩٩ ، ١٠٠

المذكرة الإيضاحية

البيع بشرط البراءة من كل داء ، يراد به ما في الباطن لأنه المعروف في العادة والعرف وما وجد بغير الباطن فهو مرض تبعاً للعرف .

وعن أبي يوسف يتناول الكل . لأن الداء في اللغة هو المرض سواء كان بالجوف أو غيره .

* * *

مادة (٩٩) :

« إقرار البائع عند المساومة بخلو المبيع من العيب لا يمنع الرد إذا تم الشراء بعدها ، إلا إذا عين المساموم العيب » .

المذكرة الإيضاحية

إذا سامم البائع المشتري كأن قال له . إشتري هذه الدابة فليس بها عيب ، ولم يتم بينهما البيع ، ولما اشتراها وجد بها عيباً فله ردها على بائعه بشروط الرد وهي البينة أو إقرار البائع أو نكوله ، وألا يزيد المبيع زيادة مانعة من الرد ، ولا يوجد ما يدل على الرضا بالعيب

(١) ابن عابدين ج ٤ ص ١٠٠

ولا براءة للبائع من العيوب ، ولا يمنع المشتري من الرد على البائع
الاقرار السابق الصادر من البائع بعدم العيب ، لأنه مجاوز عن
الترويج للبيع .

ولو عين العيب فقال : لا غور في عين هذا العبد لا يرد لإحاطة
العلم به ، فان كان لا يحدث مثله كأن قال : لا أصبع زائدة ثم وجدها
فله رده للتيقن بكذبه (١) .

* * *

مادة (١٠٠) :

« المصالحة بتقاييل عن العيب عند رد المبيع جائزة من
البائع للمشتري وتمنع الرد ، ولا تجوز من المشتري وله الرد » .

المذكرة الإيضاحية

إذا وجد المشتري مشريه عيباً وأراد الرد به على البائع ،
فأصطلح معه البائع على أن يدفع إليه بعض النقود نظير العيب ولا يرد
المبيع عليه جاز ويعتبر ذلك خطأ من الثمن .

وإن اصطالحا على أن يدفع المشتري للبائع بعض النقود ويرد

(١) ابن عابدين ج ٤ ص ١٠٠ .

عليه المبيع لا يصح لأنه لا وجه له غير الرشوة فلا يجوز ، إلا إذا حدث به عيب عند المشتري فلا يرد .

وفي الصغرى : إذا ادعى عيبا فصالحه على مال ثم برأ أو ظهر أن لا عيب فللبائع أن يرجع بما أدى ، ولو زال بمصلحة المشتري لا يرجع (١) .

* * *

مادة (١٠١) :

«رضا الوكيل بالعيب يلزم الموكل إن كان المبيع مع العيب يساوى الثمن» .

المذكرة الإيضاحية

إذا رضى وكيل الشراء بعيب المبيع الذى اشتراه للموكل ، فإن كان المبيع مع العيب الذى به يساوى الثمن الذى اشتراه به لزم الموكل .

وإن كان لا يساوى الثمن لا يلزمه (٢) .

* * *

(١) ابن عابدين ج ٤ ص ١٠٢

(٢) ابن عابدين ج ٤ ص ١٠٢ ، ١٠٣

البيع الباطل

مادة (١٠٢) :

« البيع الباطل هو ما أروث خلا في ركن البيع
أو محله » .

المذكرة الإيضاحية

البيع الباطل : هو ما لم يشرع باصله ولا بوصفه ، فهو كل ما أروث
خلا في ركن البيع أو محله ، والمراد بركن البيع الرضا ويستدل
عليه بالإيجاب والقبول أو المتعاطى ، والمراد بمحله المبيع ، فالبيع
بالميتة حتف أنفها والدم باطل لوجود خلل فيه لأن هذه الأشياء
لا تعد مالا عند أحد ممن له دين صماوى (١) .

* * *

مادة (١٠٣) :

« يبطل بيع ما ليس بمال والبيع به » .

(١) ابن عابدين ج ٤ ١٠٥ ، وفتح القدير ج ٥ ص ١٨٥

(٢) ابن عابدين ج ٤ ص ١٨٠

المذكرة الإيضاحية

المال هو ما يميل إليه الطبع ويمكن إدخاره لوقت الحاجة كما سبق تعريفه في أول البيوع ، والمراد بغير المال ألا يكون مالا في سائر الأديان كالتراب القليل في محله والدم المسفوح والميتة حتف أنفها ، والمعدوم : كبيع حق التعلی ، والمضامين : ما في ظهور الآباء من المنى ، والملاقيح : ما في البطن من الجنين ، والنتاج . حبل الجبلية أى نتاج النتاج لحد لدابة به مثلاً ، فكل ذلك لا يصلح مبيعاً أو ثمناً . ومن ربيع المعدوم ما إذا مئى للمبيع جنساً فإذا هو من خلافه فيبطل البيع ، والمراد بالجنس : الجنس الفقهي وهو المقول على كثير لا يتفاوت الفرض منها فاحشاً ، فتلا الذكر والأنثى في بنى آدم جنسان لتفاوت الأغراض ، وفي سائر الحيوانات جنس واحد للتقارب فيها ، قال في الفتح ، ومن مختلفي الجنس ما إذا باع فصاً على أنه ياقوت فإذا هو زجاج فالبيع باطل لعدم الجنس ، ولوباعه ليلاً على أنه ياقوت أحمر فظهر أنه أصفر صح البيع ويخير ، وإذا باع كبشاً فإذا هو نعجة حيث ينعقد البيع ويخير أفوات الوصف .

* * *

مادة (١٠٤) :

« كل مال غير متقوم يبطل بيعه بالثمن ويفسد بالعرض » .

(١) ابن عابدين ج ٤ ص ١٠٥ ، ١٠٦ ، ١٠٧

المذكرة الإيضاحية

المال نوعان : متقوم وغير متقوم ، والنقوم على ما ذكر في التلويح ضربان : عرفي : وهو بالاحراز فغير المحرز كالصيد قبل إحرازه .

وشرعي : وهو بإباحة الانتفاع به .

فالمال المتقوم : ما يباح الانتفاع به شرعا .

وغير المتقوم : ما لا يباح الانتفاع به شرعا كخمر وخنزير كذلك ميتة لم تمت حتف أنفها بل بالحقق ونحوه كالجرح والضرب من أسباب الموت عدا الزكاة الشرعية فإنها أي الميتة التي لم تمت حتف أنفها مال عند الذمي كخمر وخنزير ، وهذا إن بيعت بالثمن أي بالدين أي : ما يثبت في الذمة كدراهم ودنانير ومكيل وموزون بطل في الكل في حق المسلم ، وهذا البطلان لأن المبيع هو الأصل وليس هذا محلا للتملك فبطل فيه فكذا في الثمن بخلاف ما إذا كان الثمن عينا كعرض فإن البيع يبطل في الحذر ويفسد في العرض لأنه مبيع بين وجه مقصود بالتملك ، ولكن فسدت التسمية فوجب قيمته فيملكه بالقبض بهذه القيمة (١) .

* * *

(١) ابن عابدين ج ٤ ص ١٠٨ .

(١٢) تقنين الشريعة ج ٤ - ١٧٧

مادة (١٠٥) :

« إذا بيع مال متقوم منضمًا إليه ما لا يصح بيعه بطل البيع وإن سمي لكل ثمن »^(١).

المذكرة الإيضاحية

إذا ضم إلى ما يصح بيعه شرطا كالشاة المذكاة ما لا يصح بيعه شرطا كالشاة التي ماتت حتف أنفها فالبيع باطل عند الإمام وإن مسمى للمذكاة ثمن وللقى ماتت حتف أنفها ثمن آخر لأن الصفقة متحدة ، والمبينة التي ماتت حتف أنفها لا تدخل تحت العقد لأنها ليست بمال عند أحد ممن له دين مماوى فكان القبول فيه شرطا للبيع في الذكية ، وهو شرط فاسد فيبطل للبيع في الذكية .

وقال صاحبان : إذا فصل ثمن كل جاز في الذكية بمحصتها من الثمن لأن الصفقة متعددة معنى فلا يسرى الفساد من إحداها إلى الأخرى .

ومبنى الخلاف : أن الصفقة لا تتعدد بمجرد تفصيل الثمن بل لا بد من تكرار لفظ العقد عند الإمام خلافا لهما .

وظاهر النهاية : يعتبر أنه فاسد ، وعزا هذا القهستاني للمحيط والبسوط وغيرها .

(١) ابن عابدين ج ٤ ص ١٠٨ ، ١٠٩

ومقتضى قوله : فكان القبول شرطاً فاسداً الخ ان يكون البيع فاسداً لا باطلاً فيوافق ظاهر النهاية ولعل في المسألة قولين . وكذا تعليهم بأنه يبيع بالحصة ابتداء يقتضى الفساد ، لأن يبيع الحصة ليس فيه إلا الخلل في الثمن وهو يقتضى الفساد . فالظاهر أن يحمل البطلان على الفساد لا العكس خلافاً لما رجحه ابن عابدين اهـ « من التعليق على ابن عابدين » .

مادة (١٠٦) :

« إذا يبيع ملك منضمّاً إليه وقف فالبيع صحيح في الملك إلا إذا كان المنضم إليه المسجد العامر فهو باطل » (١) .

المذكرة الإيضاحية

إذا يبيع ملك ضم إليه وقف المسجد العامر ، فالبيع باطل في الملك والوقف معا ، لأن وقف المسجد العامر لا يعتبر مالا ، ولو من وجه وما ليس بمال لا يكون محلاً للبيع الذي هو مبادلة بالمال ، وإذا بطل فيما هو المسجد بطل فيما ضم إليه ، حيث إن الصفقة واحدة . وإذا ضم الى الملك وقف المسجد العامر (الخراب) أو غيره من سائر الأوقاف ولو عامرة ففيه روايتان :

(١) ابن عابدين ج ٤ ص ١٠٩ ، ١١٠

الأولى : البطلان فيهما لأن الوقف لا يقبل التملك والتملك .

الثانية : أنه صحيح في الملك ، فاسد في الوقف لأن وقف المسجد الغامر (الحراب) يجوز بيعه إذا خرب في أحد القولين فصار مجتهداً فيه ، فيصح بيع ما ضم إليه ، ومثله جميع الأوقاف ولو عامرة ، فإنه يجوز بيعها عند الحنابلة ليشتري بها ما هو خير منها كما في المعراج .

قال ابن عابدين ما ملخصه : والحاصل أن هنا مسألتين :

الأولى : أن يبيع الوقف باطل ، ولو كان غير مسجد خلافاً لمن أفتى بفساده ، لكن المسجد العامر ليس بمال من كل وجه وغيره مال من وجه من حيث كونه مجتهداً فيه .

الثانية : إذا كان مالا من وجه يكون بيع ما ضم إليه الوقف صحيحاً ، ولو كان الوقف محكوماً به خلافاً لما أفتى به المفتي أبو السعود ، الذي قيده بما إذا لم يحكم بلزومه .

ولو بيعت أرض فيها مساجد ومقابر ولم يستثنها فالبيع صحيح على الأصح في الأرض ، لأن المساجد والمقابر مستثنى عادة فلم يوجد ضم الوقف إلى الملك ، بل البيع واقع على الملك وحده .

مادة (١٠٧) :

« يبطل بيع المجنون وبيع المعتوه والصبي اللذين لا يعقلان ، ^(١) .

(١) ابن عابدين ج ٤ ص ١١٠

المذكرة الإيضاحية

يبطل بيع المجنون المطبق وكذا بيع القدي يفيق ويجن إذا باع حالة جنونه ، وذلك لانعدام الأهلية فيهما ، ويبطل كذلك بيع الصبي والمعتوه اللذين لا يعقلان لعجزهما عن الفهم بخلاف الذي يعقل منهما .

مادة (١٠٨) :

« يبطل بيع شعر الآدمي »^(١) .

المذكرة الإيضاحية

لا يجوز بيع شعر الإنسان لأن الآدمي مكرم شرعاً ، وإن كان كافراً قال تعالى : « ولقد كرمنا بني آدم » الآية ، فأيراد العقد عليه وابتذاله وإحاقه بالجمادات إذلال له وهو غير جائز ، وبعضه كالشعر مثلاً في حكمه وصرح في فتح القدير يبطلانه .
وكما لا يجوز بيعه لا يجوز الانتفاع به لحديث « لعن الله الواصلة والمستوصلة » .

(١) ابن عابدين ج ٤ ص ١١٠

قال الزيلعي : إنما اعنا الانتفاع به لما فيه من إهانة المكرم اهـ .
ويرخص فيما يتخذ من الوبر فيزيد في قرون النساء وذوائهن هداية .

مادة (١٠٩) :

« يبطل بيع ماسيملكه إلا بطريق السلم »^(١) .

المذكرة الإيضاحية

للإنسان أن يبيع ملك غيره بطريق الوكالة أو الفضول والأول صحيح نافذ والثاني صحيح موقوف على إجازة المالك ، ويبطل بيع ماسيملكه قبل ملكه له لبطان بيع المعدوم كنتاج النتاج ، وبيع ماله خطر العدم كالحمل واللبن في الضرع فانه على احتمال عدم الوجود، وإنما بطل في المعدوم وماله خطر العدم لأن من شرط العقود عليه أن يكون موجوداً مالا متقوماً مملوكاً في نفسه وأن يكون ملك البائع فيما يبيعه لنفسه وأن يكون مقدور التسليم (منح) .

وهذا البطان إذا كان البيع بغير طريق السلم ، أما إذا كان

(١) ابن عابدين ج ٤ ص ١١٠

بطريق السلم فإنه يصح أن يبيع لنفسه ما ليس في ملكه لأنه عليه الصلاة والسلام « نهى عن بيع ما ليس عند الإنسان ورخص في السلم » وكذا يصح أن يبيع ما غصبه ثم أدى ضمانه كما تقدم في أول البيوع .

...

مادة (١١٠):

« لا يترتب على البيع الباطل ثبوت ملك التصرف للمشتري فإذا هلك المبيع في يده بلا تعدل يضمنه »^(١).

المذكرة الإيضاحية

البيع إذا وقع باطلا لا يفيد ملك التصرف وإن اتصل به القبض ، فلو هلك المبيع عند المشتري بلا تعدل يضمنه لأنه أمانة في يده ، وذلك لأن العقد قد بطل وإذا بطل بقي مجرد القبض باذن المالك وهو لا يوجب الضمان إلا بالتعدي (درر) .

وقال فيه أيضاً : يكون مضموناً لأنه يصير كالمقبوض على سوم الشراء وهو المأخوذ ليشتري مع تسمية الثمن كأن يقول : إذهب بهذا فإذا رضيت به اشتريته بما ذكر (درر) .

(١) فتح القدير ج ٥ ص ١٧٨ ، والعناية ، وابن هابدين ج ٤ ص ١١٠

وفي النهر : واختار السرخسي وغيره أن يكون مضموناً بالمثل أو بالقيمة لأنه لا يكون أدنى حالا من المقبوض على سوم الشراء لوجود صورة العلة دون المقبوض على سوم الشراء وهو قول الأئمة الثلاثة .
وفي القنية : أنه الصحيح لكونه قبضه لنفسه فشابه الغصب ،
قبل وعليه الفتوى ، وقيل الأول : أي عدم الضمان قول أبي حنيفة ،
والثاني : أي الضمان قولها وتماه فيه .

مادة (١١١) :

« يبطل البيع المصرح فيه بنفي الثمن »^(١) .

المذكرة الإيضاحية

البيع الذي صرح فيه بنفي الثمن يقع باطلاً ، وذلك لانعدام ركن البيع وهو المال أي من أحد الجانبين فلم يكن بيعاً ، وقيل ينعقد لأن نفيه لم يصح لأنه نفي للعقد فصار كأنه سكوت عن ذكر الثمن ، وفيه ينعقد البيع ويثبت الملك بالقبض « أفاده في الدرر » .

(١) ابن عابدين ج٤ ص ١١١

مادة (١١٢) :

« بيع شعر الخنزير باطل وإن جاز الانتفاع به لضرورة »^(١).

المذكرة الإيضاحية

الخنزير نجس العين بجميع أجزائه فيبطل بيع شعره لهذه النجاسة .
وأورد في الفتح على هذا التعليل بيع السرقين فإنه جائز للانتفاع
به مع أنه نجس العين اهـ .

قال في النهر كرد على الفتح : (بل الصحيح من الإمام أن
الانتفاع بالعدرة الخاصة جائز اهـ . قال ابن عابدين (أى مع أنه
لا يجوز بيعها خاصة) ، وقد نقل بطلان بيع شعر الخنزير في
الشرنبلالية عن البرهان وفيه اعترض على صاحب تنوير الأبصار حيث عده
في الفاسد ، قال ابن عابدين : لكن قد يقال : أنه مال في الجملة حتى
قال محمد بطهارته لضرورة الحرز به للنعال والأخفاف .

قال في الدر : وجواز الانتفاع به للضرورة إذا وجد بلائمن
وأما إذا لم يوجد إلا بشمن فيجوز شراؤه ويكره البيع لأنه لا حاجة
إليه للبائع فلا يطيب شمنه له .

(١) ابن عابدين ج ٤ ص ١١٨ ، ١١٩ ، وفتح القدير ج ٥ ص ٢٠٢ ،

قال في النهر : وينبغي أن يطيب للبائع الثمن على قول محمد .

قال صاحب الدر المختار في شأن استعماله للاضرورة : (ولعل هذا في زمانهم أما في زماننا فلا حاجة إليه كما لا يخفى) وذلك للاستغناء عنه بالمخارز والإبر .

مادة (١١٣) :

« إذا باع المرء مال غيره لنفسه أو من نفسه أو شرط الخيار فيه للمالكه ، فالبيع باطل » (١).

المذكرة الإيضاحية

إذا باع شخص مالا يملكه غيره لحساب نفسه يبطل بيعه لإضافته لنفسه وهو غير مالك في الحقيقة ، أو باعه من نفسه « اشتراه » فالبيع باطل كذلك ، لأن الإنسان لا يتولى للطرفين في البيع ، وكذا يبطل إذا شرط خيار الشرط فيه للمالكه المكلف وهو ثلاثة أيام فقط ، لأن من وقع له عقد الفضولي يثبت له الخيار بلا شرط غير مقيد بمدة فكان اشتراط الخيار له ثلاثة أيام فقط مخالفا للنص لأنه لا فائدة

(١) ابن عابدين ج ٤ ص ١٤٢ ، ١٤٣ .

فيه بل فيه ضرر بقصر المدة ، فلذا لم يتوقف على الإجازة بل بطل
لضعف عقد الفضولى ، وقد رجح ابن عابدين فساده .

مادة (١١٤) :

« بيع ما فيه غرر باطل »^(١) .

المذكرة الإيضاحية

إذا صاحب عقد البيع غرر فانه يفسده فلو باع حملا (جنينا)
يقع البيع فاسدا لما فيه من الغرر وهو الشك فى وجود الحمل ،
وقد جزم فى البحر بطلانه لنتيه صلى الله عليه وسلم عن بيع المضامين^(٢)
والملاقيح^(٣) ، وحبل الحبله ولما فيه من الغرر ويفسد بيع اللبن
فى الضرع ، وجزم البرجندى بطلانه كما يفسد البيع فيما لو باع لؤاؤا
فى صدفه للغرر أيضا ، لأنه لا يعلم وجوده ، وينبغى أن يكون باطلا
فهو مثل اللبن ، « رملى » ، قال ابن عابدين : ويؤيده ما فى التجنيس
رجل اشترى لؤاؤة فى صدف قال أبو يوسف للبيع جائز وله الخيار
إذا رآه ، وقال محمد : البيع باطل للاجهل وعدم القدرة على الاطلاع ،

(١) ابن عابدين ج ٤ ص ١١٢ ، ١١٣

(٢) ما فى بطون الإنات من الأجنة .

(٣) ما فى ظهور الذكور من المني .

إذ لا يمكن الاطلاع إلا بكسر الصدف وفي ذلك ضرر على صاحبه
 إذ يحتمل ألا يوافق رغبة المشتري ، وقال أبو يوسف : لا ضرر
 في كسر الصدف إذ لا ينتفع به إلا بالكسر ، فكان مثل غلاف
 الحبوب ، وصارت الفتوى على قول محمد بطلان البيع ، قال الزيلعي :
 بخلاف ما إذا باع تراب الذهب والحبوب في غلافها حيث يجوز
 لكونها معلومة ويمكن تجربتها ببعض أيضاً ، قال في النهر : وينبغي
 أن يكون من ذلك الجوز الهندي ، وكذا يفسد في ضربة القانص وهو
 الصائد بالآلة في البر أو البحر بأن يقول بعثك ما يخرج من إلقاء هذه
 الشبكة بكذا من النقود ، وكما في القانص (الغواص) وهو الذي
 يغوص بنفسه لإخراج اللؤلؤ كأن يقول : أغوص غوصة فما أخرجته
 من اللآلئ فهو لك بكذا من النقود ، ورأى صاحب تنوير الأبصار
 أن البيع فيها باطل وأنه يجب أن يراد بالفاسد الباطل لأنه مما ليس
 في ملكه .

* * *

مادة (١١٥) :

« بيع جلد الميتة بالثمن قبل دبغه » (١) .

(١) ابن عابدين ج ٤ ص ١١٩ ، ١٢٠ ، وفتح القدير ج ٥ ص ٢٠٣

المذكرة الإيضاحية

جلد المذبوحة يجوز بيعه قبل دبهه إذ الجلد يطهر بالذكاة وأما بيع جلد الميتة قبل دبهه فإنه يقع باطلا إن كان بالثمن لأنه مبيع من كل وجه ، وأما بعد دبهه فإنه يباع وينتفع به لغير الأكل لطهارته ، إلا جلد الإنسان فإنه لا يباع لكرامته ، وجلد الخنزير والحية لإهانتهم وأعدم عمل الدباغة فيه .

* * *

مادة (١١٦) :

« يبيع غير مقدور التسليم بالثمن باطل »^(١) .

المذكرة الإيضاحية

إذا كان المبيع غير مقدور التسليم وقت العقد فإن البيع يكون باطلا إذا كان بالثمن ، كما لو باع حيوانا نادا لا يمكن تسليمه ، لأنه لا يمكن جعل الثمن مبيعا ولو من وجه .

* * *

(١) الدر المختار وحاشية ابن عابدين ج ٤ ص ١١١

البيع الفاسد

مادة (١١٧) :

« البيع الفاسد هو كل ما أورث خلافا فيما عدا ركن البيع ومحله »^(١).

المذكرة الإيضاحية

البيع الفاسد هو ما شرع بأصله دون وصفه وأورث خلافا فيما عدا ركن البيع ومحله .

والمراد بمشروعية أصله أن يكون مال متقوما ، وليس المراد جوازه لأن الفساد ينافي الجواز .

* * *

مادة (١١٨) :

« إذا باع الوصي مال اليتيم بغبن فاحش فسد البيع »^(٢).

(١) الدر المختار وحاشية ابن عابدين ج ٤ ص ١٠٥ ، وفتح القدير

ج ٥ ص ١٨٥ ، ١٨٦ .

(٢) ابن عابدين ج ٤ ص ١١٠ ، ١١١

المذكرة الإيضاحية

الغبين الفاحش : المشهور في تفسيره أنه مالا يدخل تحت تقويم المقومين ، وبيع الوصى بهذا الغبن قيل إنه باطل ، وقيل إنه فاسد ، ورجح في البحر فساد حيث قال : ينبغي أنه يجري القولان في بيع الوقف المشروط استبداله أو الحراب الذي جاز استبداله إذا بيع بغبن فاحش ، وينبغي ترجيح الثاني فهما (أى كون البيع في الصورة المذكورة فاسدا) لأنه إذا ملك بالقبض وجبت قيمته فلا ضرر على اليتيم والوقف اهـ .

قال ابن عابدين : وينبغي ترجيح الأول (كون البيع باطلا في الصورة المذكورة) حيث لزم الضرر يعنى إذا تبين ذلك بأن كان المشتري مفلسا أو مطلا .



مادة (١١٩) :

« بيع المضطر وشراؤه بغبن فاحش فاسد » ^(١) .

(١) ابن عابدين ج ٤ ص ١١١ ، والهداية ج ٣ كتاب الإكراه

المذكرة الإيضاحية

المضطر هو الذى تلجئه الضرورة أو الإكراه إلى بيع شيء من ماله ، ولم يرض المشتري إلا بشرائه بدون ثمن المثل بغبن فاحش ، أو تلجئه الضرورة أو الإكراه إلى شراء طعام أو شراب أو لباس أو غيرها ولا يبيعه البائع إلا بأكثر من ثمنها بكثير فانه إذا باع أو اشترى فى حالة الاضطرار هذه فيبيعه وشراؤه فاسد لا ينقطع حقه عنه ، ولو لحقه القبض إلا بقبض تأيد بالرضا من جهته بأن قدم المبيع أو الثمن طائعا بعد زوال حالة الاضطرار .

مادة (١٢٠) :

« البيع المسكوت فيه عن الثمن فاسد »^(١) .

المذكرة الإيضاحية

يفسد البيع إذا سكت فيه عن ذكر الثمن لأن مطلق البيع يقتضى المعارضة ، فإذا سكت كان غرضه القيمة ، فكأنه باع بقيمته فيفسد ولا يطل (درر) .

(١) ابن عابدين ج ٤ ص ١١١ .

وإنما فسد ولم يبطل ، لعدم انعدام ركن البيع وهو المال أى من أحد الجانبين .

* * *

مادة (١٢١) :

« يفسد بيع عرض بخمر وعكسه »^(١) .

المذكرة الإيضاحية

العرض : هو المتاع القيمي (ابن كمال) فيفسد بيعه بالخمر ولم يبطل لأنه وإن كان بيعه بغير متقوم ، لكن الخمر مال في الجملة عند الذميين ، وكذلك يفسد عكسه وهو بيع الخمر بالمرض بأن أدخل الباء على العرض ، فينقصد في العرض لإمكان جعل الخمر ثمنًا ، لأنها مال في الجملة ، وقد سبق في المادة (١٠٤) أنه إن بيعت الخمر بيمين كعرض بطل في الخمر وفسد في العين لأنه مبيع من وجه ، وهو مقصود بالتملك ، وإن دخلت عليه الباء ، ولكن فسدت التسمية ، فيملكه بالقبض بالقيمة ، وهذا في حق المسلم ، وذلك بخلاف بيع العرض بدم أو ميتة فإنه باطل لعدم إمكان جعله ثمنًا .

(١) ابن عابدين ج ٤ ص ١١١

« بيع غير مقدور التسليم بالعرض فاسد » ^(١) .

المذكرة الإيضاحية

إذا كان المبيع غير مقدور التسليم فإن يعه يكون فاسدا إذا كان بالعرض لإمكان جعل العرض مبيعا فهو كالبيع المسكوت فيه عن الثمن ، وكذا يكون البيع فاسدا فيما لو باع محمكا بعد صيده ثم ألقاه في مكان لا يؤخذ منه إلا بحيلة وذلك للعجز عن التسليم ، فلو أمكن أخذ السمك من المكان الذي ألقى فيه بدون حيلة يصح البيع ويثبت للمشتري خيار الرؤية خارج الماء ، لأنه يتفاوت في الماء وخارجه ، وكذا يكون البيع فاسدا إذا باع طيرا مملوكا له حالة كونه في الهواء ولا يرجع بعد إرساله من يده ، لأنه غير مقدور التسليم ، ولو سلمه بعد البيع لا يعود إلى الجواز عند مشايخ بلخ ، وعلى قول الكرخي يعود ، وكذا عن الطحاوي وأطلقه فشمّل ما إذا كان الطير مبيعا أو ثمنا ، فلو كان للطير المبيع يطير ويرجع كالحمام صح البيع كما في الهداية والحانية ، وكذا في الذخيرة عن المنتقى (بحر) .

* * *

(١) الدر المختار وحاشية ابن عابدين ج ٤ ص ١١١

مادة (١٢٣) :

« بيع مالا يصح الاستثناء منه فاسد مع الاستثناء »^(١).

المذكرة الإيضاحية

يفسد البيع فيما لا يمكن الاستثناء منه ، كما لو باع حيوانا واستثنى حملة فيفسد بيع هذا الحيوان إذ القاعدة مالا يصح إفراده بالعقد فلا يصح استثناءؤه منه لأنه بمنزلة الأطراف فصار استثناءؤه شرطا فاسدا وفيه منفعة للبائع فيفسد البيع .

مادة (١٢٤) :

« يفسد بيع مالم يس بمال متقوم في نفسه »^(٢).

المذكرة الإيضاحية

البيع القدي فيه مال لا قيمة له في نفسه يكون فاسدا كما في بيع الصوف على ظهر الغنم للنهي عنه ، ولأنه قبل الجز ليس بمال متقوم في نفسه لأنه بمنزلة وصف الحيوان لقيامه به كسائر أطرافه فهو

(١) ابن عابدين ج ٤ ص ١١٢ ، ١١٣

(٢) ابن عابدين ج ٤ ص ١١٣

كالوصف من الذات وهو لا يفرد بالبيع (فتح) ولأنه يزيد من أسفل
 فيختلط المبيع بغيره ، وفي رواية أن يبيع الصوف على ظهر الغنم جائز
 كما في الهداية ، وعلى القول بالفساد في السراج لو سلم الصوف واللبن
 بعد العقد لم ينقلب البيع صحيحاً ، فكذا كل ما اتصاله خلقي كجلد حيوان ،
 ونوى تمر ، وبن ، وبذر بطيخ . وحنطة في سنبها لأنه معدوم عرفاً .
 ومقتضى هذا الكلام أن البيع في هذه الصورة باطل وإلا لصح
 البيع بزوال المفسد ، وإنما صححوا بيع الكراث ، وشجر الصنصناف
 وأوراق التوت بأغصانها ، وقوائم الخلاف مع أنها تزيد للتعامل
 إذ لا نص فيه ، فلا يلحق به المنصوص عليه ، وأيضاً فالقوائم تزيد من
 أعلاها أى فلا يحصل اختلاط المبيع بغيره بخلاف الصوف ويعرف ذلك
 بالحضاب كما أفاده الزيلعي ، فإن الصوف إذا خضب يعلو الحضاب مع
 أطرافه ، والقوام لوربط بأسفلها خيط ارتفعت الأغصان من أعلاه .

مادة (١٢٥) :

«يفسد بيع ما لا يمكن تسليمه إلا بضرر وبيع فيه جهالة» (١).

المذكرة الإيضاحية

إذا لم يمكن تسليم المبيع إلا بمحصول ضرر فإن البيع يقع فاسداً
 كجذع مثلاً وهو القطعة من النخل أو غيره توضع عليها الأخشاب إذا

(١) فتح القدير نقلاً عن ابن عابدين ج ٤ ص ١١٣

يسع وهو في السقف سواء أكان معيناً أو غير معين ، فإن البيع يكون فاسداً للضرر في تسليم المبيع في الأول وللضرر والجهالة في الثاني ، وكذلك إذا يسع ذراع من ثوب يضره التبعض كالثوب المهيأ للبس ، وأيضاً لا يجوز يسع حلية من سيف ، ويبيع فص من خاتم مركب فيه ، وكذا يبيع نصف زرع لم يدرك ، لأنه لا يمكن تسليمه إلا بقطع جميعه ، وكذا نصيبه من ثوب مشترك من غير شريكه فإن البيع يكون فاسداً وذلك للجهالة ، ولعدم إمكان التسليم إلا بضرر ، أما لو قطع وسلم قبل فسخ المشتري عاد للبيع صحيحاً ، ولو غير معين وحزم به في الفتح لأنه معلل بلزوم الضرر والجهالة ، فإذا تحمل البائع الضرر وسلمه زال المفسد وارتفعت الجهالة أيضاً ولو لم يضره القطع ككرباس جاز البيع ، كما يجوز بيع قفيز من صبرة لا تنفاه المانع .

* * *

مادة (١٢٦) :

« بيع المزبنة فاسد » ^(١) .

المذكرة الإيضاحية

المزبنة من الزبن : وهو الدفع لأنها تؤدي إلى النزاع ، والمدافعة كما في البحر عن الفائق وهي : بيع الرطب على النخل بتمر مقطوع مثل كيله تقديراً : أي بأن يقدر الرطب الذي على النخل بمقدار مائة

(١) ابن عابدين ج ٤ ص ١١٤

صاع مثلاً بطريق الظن والحزر فيبيعه بقدره من التمر ، ومثله العنب
أى على الكرم بالزيب (عناية) .

فالباع حينئذ يكون فاسداً لأنه ، ولشبهة الربا لأنه يبيع مكيل
بمكيل من جنسه مع احتمال عدم المساواة بينهما بالكيل ، فلو لم يكن
ما يبيع بالتمر المقطوع رطباً أو ما يبيع بالزيب عنبا جاز لاختلاف الجنس .

مادة (١٢٧) :

« يفسد بيع ما فيه معنى المقامرة »^(١) .

المذكرة الإيضاحية

كل بيع فيه معنى المقامرة يكون فاسداً ، فيبيع الملامسة للسلعة وهى :
أن يلبس كل من المتبايعين ثوب صاحبه بغير تأمل ليلزم اللامس البيع
من غير خيار له عند الرؤية ، وهذا بأن يكون مثلاً فى ظلمة أو يكون
الثوب مطوياً مرئياً ، يتفقان على أنه إذا لمسه فقد باعه منه ، وفساده
لتعليق التملك على أنه متى لمسه وجب البيع وسقط خيار المجلس .

(١) ابن عابدين ح ٤ ص ١١٤ ، ١١٥

وكذلك الحكم في بيع المنابذة : أى نبذ السلعة للمشتري ، بأن
ينبذ كل واحد من المتبايعين ثوبه إلى الآخر ولا ينظر كل واحد منهما
إلى ثوب صاحبه على جعل النبذ بيعا ، وكذلك الحكم بالقاء الحجر ،
وهو : أن يلتقى حصاة أو نحوها ، وثمة أثواب فأى ثوب وقع عليه كان
المبيع بلا تأمل ورؤية ، ولا خيار بعد ذلك ، ولا فرق بين أن يكون
المبيع معيناً أو غير معين .

وهذه كانت ييوما يتعارفونها في الجاهلية فهى عن هذه البيوع
كلها (عفى) .

وفي الصحيحين من حديث أبى هريرة رضى الله عنه أن رسول الله
ﷺ : « نهى عن الملامسة والمنابذة » والنهى لما فى كل من الجهالة
وتعليق الملك بالخطر ، ولوجود القمار . أى بسبب تعليق التمليك بأحد
هذه الأفعال ، فكل هذه البيوع تكون فاسدة إن سبق ذكر الثمن
(بجر) أى لتكون علة لفساد ما ذكر وإلا كان الفساد لعدم ذكر
الثمن أيضاً إن سكت عنه لما مر فى المادة (١٢٠) أن البيع المسكوت فيه
عن الثمن فاسد .

مادة (١٢٨) :

« بيع المبهم القيمى فاسد إذا لم يشترط خيار التعيين » (١) .

(١) ابن عابدين ج ٤ ص ١١٥ ، وفتح القدير ج ٥ ص ١٩٧

المذكرة الإيضاحية

بيع المبهم المثلي صحيح كبيع قفيز حنطة من صبرة .

وأما بيع المبهم القيمي فإنه فاسد لجهالة المبيع كبيع ثوب من ثوبين مثلا ، ولم يشترط خيار التعيين وكانا غير مرتبين .

ويترتب على فساد البيع أن المشتري لو قبض الثوبين وهلكا معا ضمن نصف قيمة كل إذ الفاسد ملحق بالصحيح وضمن المشتري لنصف قيمة كل من الثوبين لأن أحدهما مضمون بالقيمة لأنه مقبوض بحسب البيع الفاسد والآخر أمانة وليس أحدهما بأولى من الآخر فشاعت الأمانة والضمن « بحر » .

أما لو اشترط الخيار وقبض المشتري الثوبين على أنه بالخيار في أن يأخذ أحدهما فإنه يجوز استحسانا ، فإذا هلكا ضمن نصف ثمن كل واحد ، والقيمة في الفاسد كالثمن في المبيع الصحيح كما في البحر .

ولو باع للتوبين مرتبين وهلكا في يد المشتري فعليه قيمة ما هلك أولا لتعذر رده فتعين مضمونا ويكون القول للضامن في تعيين الهالك . وذلك بأن اختلف الثوبان وادعى الضامن أن الهالك هو الأقل قيمة وعكس الآخر ، ولو برهنا فبرهان البائع أولى كالتصريح في خيار التعيين .

مادة (١٢٩) :

« يفسد بيع المراعى المباعة »^(١) .

المذكّرة الإيضاحيّة

المراعى جمع مرعى بفتح الميم وهو يطلق تارة على مكان الرعى بفتح الراء وتارة على الرعى بكسر الراء وهو الكلاء الذى هو العشب، قال فى البحر: يدخل فيه جميع أنواع ما ترعاه المواشى رطباً كان أو يابساً بخلاف الأشجار لأن الكلاء ما لا ساق له والشجر له ساق فلا تدخل فيه والسكاة كالكلأ .

فاذا اريد بالمراعى المكان فيجوز بيعه كما صرح بذلك الفتح أى إذا ملكه . وأما إذا اريد به الكلاء كما هنا فيكون بيعه فاسداً لعدم الملك لحديث : (الناس شركاء فى ثلاث فى الماء والكلاء والنار) أى شركة إباحة لأملاك ، وهذا إذا نبتت المراعى بأنفسها .

أما إذا أنبتها بسقى وتربية ملكها فيجوز له بيعها « عيى » .

وهناك رأى بعدم جواز بيعها أيضاً ، وقد عبر شارح تنوير الأبصار بطلان البيع والأولى التعبير بفساده كملك صاحب تنوير الأبصار .

(١) ابن عابدين ج ٤ ص ١١٥ ، ١١٦ ، وفتح القدير ج ٥ ص ١٩٧

وكما يفسد بيع المراعى تفسد إيجارتها لأنها إجارة على استهلاك
عين (عنى) .

مادة (١٣٠) :

«بيع الهوام عدا دود القز ويبيضه والنحل المحرز فاسد»^(١) .

المذكرة الإيضاحية

لا يجوز بالاتفاق بيع الهوام كالحيات والضب والفأرة والوزغة
والسلحفاة والقنفذ وكل ما لا ينتفع به ولا يجلده ، وكذا لا يجوز بيع
الضفدع والسرطان ، قال فى الحاوى الزاهدى : ويبطل بيع الأسد
والذئب وسائر الهوام والحشرات ولا يضمن متلفها ، ويجوز بيع
ما ينتفع بجلده أو عظمه وبيع غير السمك من دواب البحر إن كان
له ثمن كالسقنقور وجلود الخنزير ونحوها ، وكذا يجوز بيع البازى
والشاهين والصقر وأمثالها والهرة ويضمن متلفها ، ويجوز بيع ريش
الرخمة والحدأة وأمثالها مع عدم جواز بيع الرخمة والحدأة ، وفى
الخانية يجوز بيع السكاب المعلم وكذا السنور وسباع الوحش والطير
معلماً أو غير معلم ، ويجوز بيع الفيل ، وفى بيع القرد روايتان

(١) فتح القدير ج ٥ ص ١٩٨، ١٩٩ ، وابن عابدين ج ٤ ص ١١٦، ١١٧

عن أبي حنيفة ، ونقل السائمانى عن الهندية ويجوز بيع سائر الحيوانات
سوى الخنزير وهو المختار ، وعليه مشى فى الهداية وغيرها من باب
المتفرقات .

وفى الحاوى الزاهدى : يجوز بيع الحيات إذا كان ينفع بها
للأدوية وكذلك يجوز بيع بعض الموام كدود القز ويبيضه أى بذره
وهو بذر الفيلق الذى فيه الدود والمسمى الآن بالشرانق ، وكذا يجوز
بيع النحل إذا كان محرزاً وهو دود العسل وهذا عند محمد وبه قالت
الأئمة الثلاثة وبه يفتى (عنى وابن ملك وخلاصة وغيرها) ، وجوز
أبو الليث بيع العلق وهو شئ أسود شبيه الدود يكون فى الماء يعلق
بأنفواه الإبل عند الشرب ، ويجوز بيعه يفتى لحاجة الناس إليه ، وفى
زماننا يحتاج إليه للتداوى بمصصة الدم .

« والحاصل » أن جواز البيع يدور مع حل الانتفاع (مجتبى) ،
واعتمده المصنف صاحب تنوير الأبصار .

مادة (١٣١) :

« يفسد بيع لبن المرأة ولو فى وعاء » (١) .

(١) ابن عابدين ج ٤ ص ١١٨ ، وفتح القدير ج ٥ ص ٢٠١

المذكرة الإيضاحية

لا يجوز بيع لبن المرأة بل هو فاسد لأنه جزء الأدمى .
والأدمى لا يباع ولا يلزم تقييد ذلك بكونه متصلاً ، وما فى البحر
من أن الأولى تقييده بذلك لأن حكم اللبن فى الضرع تقدم ، دفعه فى النهر
بأن الضرع خاص بذات الأربع كالئدى للمرأة ، فالأولى عدم تقييده
ليعم ما قبل الانفصال وما بعده .
وفى ذلك إشارة إلى أنه لا يضمن متلفه لأنه ليس بمال .

مادة (١٣٢) :

« بيع جلد الميتة بالعرض قبل دبغه فاسد » (١)

المذكرة الإيضاحية

جلد المذبوحة يجوز بيعه قبل دبغه إذ الجلد يطهر بالذكاة وأما
جلد الميتة قبل دبغه فإنه يكون فاسداً إن كان بالعرض لأنه يمكن
أن يكون العرض مبيعاً من وجه ، والجلد كأنه ثمن ولما كان غير صالح

(١) فتح القدير ج ٥ ص ٣ ٢ ، وابن عابدين ج ٤ ص ١١٩ ، ١٢٠

للثمنية جعل كالبيع الذى سكت فيه عن الثمن وهو فاسد ، وأما بعد دبعه فانه يباع وينتفع به لغير الأكل لطهارته بالدفع إلا جلد الإنسان فانه لا يباع لكرامته ، وجلد الخنزير والحية لإهائته ، ولعدم عمله الدباغة فيه .

وفى « الجمع » ونيجز بيع الدهن المتنجس والانتفاع به فى غير الأكل كالاستصباح والدباغة وغيرها (ابن ملك) ، وقيدوا الاستصباح لغير المسجد بخلاف الودك أى دهن الميتة لأنه جزؤها فلا يكون مالا « ابن ملك » وكذا الانتفاع به لحديث البخارى : « إن الله حرم الحمر والميتة والخنزير والأصنام » قيل : يا رسول الله : أرايت شحوم الميتة فانه يطلى بها السفن ويدهن بها الجلود ، ويستصبح بها الناس قال لا : هو حرام « الحديث » ، وكما جاز الانتفاع بالدهن المتنجس فى غير الأكل ينتفع بكل مالا تحمله حياة من الميتة كمصها وصوفها وعظمها وشعرها وريشها ومنقارها وظلفها وحافرها فان هذه الأشياء طاهرة لا تحلها الحياة فلا يحلها الموت .

مادة (١٣٣) :

« يفسد شراء ما باعه ممن اشتراه بالأقل من قدر الثمن

قبل نقده » (١) .

(١) ابن عابدين ج ٤ ص ١٢٠ ، ١٢١ ، ١٢٢

المذكرة الإيضاحية

يكون شراء ماباعه بنفسه أو بوكيله من الذى اشتراه ولو حكماً كوارثه فاسداً إن كان بالأقل من قدر الثمن الأول ، وكالقدر الوصف كما لو باع بألف إلى سنة فاشتراه به إلى سنتين (بحر) قبل نقد الثمن الأول ، وقيد بالكل لأنه لايجوز قبله وإن بقى درهم وبعده يجوز .

وفى القنية : لو قبض نصف الثمن ثم اشترى النصف بأقل من نصف الثمن لم يجز « بحر » .

فالحاصل أن نقد كل الثمن شرط لصحة الشراء لالفساده لأنه يفسد قبل نقد الكل أو البعض ، وصورة ذلك : باع شيئاً بعشرة ولم يقبض الثمن ثم شراء بخمسة لم يجز ، وإن رخص السعر لأن تغير السعر غير معتبر فى حق الأحكام كما فى حق الغاصب وغيره فعاد إليه المبيع ، كما خرج عن ملكه فيظهر الربح « زيلعى » ، وعدم الجواز معلل بالربا أى لأن الثمن لم يدخل فى ضمان البائع قبل قبضه ، فإذا عاد إليه عين ماله بالصفة التى خرج بها عن ملكه فصار بعض الثمن قصاصاً ببعض بقى له عليه فضل بلا عوض فكان ذلك ربح مالم يضمن وهو حرام بالنص (زيلعى) .

وكما يفسد شراء ماباعه بنفسه يكون شراء من لا تجوز شهادته له كإبنته وأبيه كشرائه بنفسه وذلك لاتصال منافع المال بينهم ،

فلا يجوز أيضاً ، ولا بد لعدم الجواز من اتحاد جنس الثمن ، وكون المبيع بحاله فان اختلف جنس الثمن أو تعيب المبيع جاز مطلقاً ، أى سواء كان الثمن الثانى أقل من الأول أولاً لأن الربح لا يظهر عند اختلاف الجنس اه فتح .

ولأن المبيع لو انتقص يكون للنقصان من الثمن فى مقابلة ما نقص من العين سواء كان النقصان من الثمن بقدر ما نقص منها أو باكثر منه (محر عن الفتح) ، وقيد الفساد بالأقل من الثمن الأول لأنه يجوز بالاكتر منه ، وكذا يصح البيع فيما ضم إلى المبيع كأن يبيع بعشرة ولم يقبض الثمن ، ثم اشترى ما باعه مع شيء آخر بعشرة فسد الأول وجاز فى الآخر فيقسم الثمن على قيمتهما ولا يشيع للفساد لأنه طارىء ولمكان الاجتهاد .

مادة (١٣٤) :

« يفسد بيع مسيل للماء وهبته ، إذا لم يبين مقدار المسيل ويفسد بيع حق التسييل وهبته »^(١) .

(١) ابن عابدين - ٤ ص ١٢٢ ، ١٢٤

المذكرة الإيضاحية

يفسد بيع مسيل الماء وهبته ، لأن المسيل مجهول إذ لا يدري قدر ما يشغله من الماء ، ويفسد أيضاً بيع حق التسييل وهبته سواء كان على الأرض لجهة محله كما مر أو على السطح لأنه نظير حق التعلّي وبيع حق التعلّي لا يجوز باتفاق الروايات لأنه ليس حقاً متعلقاً بما هو مال بل بالهواء فكذا نظيره ، وفساد بيع المسيل وهبته المتقدم ذكره فيما لو لم يبين مقدار المسيل ، أما إذا بين حداً ما يسيل فيه الماء أو باع أرض المسيل من نهر أو غيره من غير اعتبار حق التسييل فهو جائز وفي رواية أخرى أنه لا يجوز وصححه أبو الليث ، ويجوز بيع للشرب فإنه يجوز تبعاً للأرض بالإجماع ، ووحدته في رواية واختاره مشايخ بلخ ، لأنه نصيب من الماء « درو » .

وعمل الاتفاق ما إذا كان شرب تلك الأرض فلو شرب غيرها ففيه اختلاف المشايخ كما في الفتح والنهر ، وظاهر الرواية فساده إلا تبعاً وهو الصحيح كما في الفتح ، وظاهر كلامهم أنه باطل ، قال في الحاشية : وينبغي أن يكون فاسداً لا باطلاً لأن بيعه يجوز في رواية وبه أخذ بعض المشايخ .

مادة (١٣٥) :

« يفسد البيع بثمن مؤجل إلى وقت لا يمكن ضبطه » (١) .

(١) ابن عابدين - ٤ ص ١٢٤ ، ١٢٥ ، ١٢٦

المذكرة الإيضاحية

يفسد البيع إذا كان بضمن مؤجل لم يبين المتعاقدان فيه الوقت الذى أجل إليه كما إذا تبايعا إلى الحصاد والدياس وقدم الحاج لأن هذه الأشياء تتقدم وتتأخر فلو عرفاه جاز ، كما إذا أجلا إلى فطر النصارى بعد ما شرعوا فى صومهم للعلم به وهو خمسة وخمسون يوماً الآن ، ولو تبايعا بضمن مؤجل إلى قدوم الحاج والحصاد للزرع والدياس للحب والقطاف للغناب يفسد البيع ، إذ أن هذه الأشياء تتقدم وتتأخر ، ولو باع مطلقاً ولم يذكر الآجال المتقدمة فى أصل العقد بل ذكرت بعده ثم أجل الثمن إليها بشرط أن يكون ديناً صح التأجيل ، كما لو كفل إلى هذه الأوقات لأن الجهالة اليسيرة متحملة فى الدين والكفالة لا الفاحشة ، ويصح لو أسقط المشتري الأجل فى الصور المذكورة قبل حلوله وقبل فسخ العقد ، أما لو فسخ العقد بالفساد ثم أسقط الأجل لا يعود عقد البيع صحيحاً لارتفاعه بالفساد ، أما إذا باع وأجل الثمن بعد عقد البيع وكان عيناً أو أجل المبيع ولو إلى أجل معلوم فسد البيع (ثمنى) .

* * *

مادة (١٣٦) :

« يفسد البيع إذا اقترن بشرط لا يقتضيه العقد ،

ولا يلائمه وفيه نفع لأحد المتعاقدين ، ولم يجر عرف به ،
ولم يرد شرع بجوازه ،^(١) .

المذكرة الإيضاحية

يكون البيع فاسداً إذا كان فيه شرط يخالف مقتضى العقد ولا يلائمه ، ومعنى كون الشرط يقتضيه العقد : أنه يجب بالعقد من غير شرط ، ومعنى كونه ملائماً : أن يؤكد موجب العقد كذا في الذخيرة ، وفي السراج الوهاج : « أن يكون راجعاً إلى صفة الثمن أو المبيع ، ولا بد من أن يتوفر في الشرط الذي يخالف مقتضى العقد ولا يلائمه شرطان .

١ — أن يكون مقارناً للعقد ، لأن الشرط الفاسد لو التحق بعد العقد قيل يلتحق عند أبي حنيفة وقيل لا وهو الأصح كما في جامع الفصولين .

٢ — أن يكون فيه نفع لأحد المتعاقدين ، والمراد بالنفع ، ما شرط من أحد المتعاقدين على الآخر ، فلو على أجنبي لا يفسد ويبطل الشرط كما في الفتح عن الولو العجية ، بعتك الدار بألف على أن يقرضني فلان الأجنبي عشرة دراهم فقبل المشتري لا يفسد البيع لأنه لا يلزم الأجنبي ولا خيار للبائع اهـ خلاصاً .

(١) ابن عابدين ج ٤ ص ١٢٦ ، ١٢٧

والشرط الذي لا يقتضيه العقد ولا يلائمه إنما يكون مفسداً
 للبيع اذا توفر الشرطان ولم يجز العرف به ولم يرد الشرع بجوازه ،
 كشرط أن يقطع البائع الثوب ويحيط قباء له ، فإن جرى العرف به
 كبيع نعل مع شرط تشريكه أو ورد الشرط به كخيار الشرط
 فلا فساد .

حكم البيع الفاسد :

مادة (١٣٧) :

- (١) حكم البيع الفاسد أنه لا يفيد ملك المبيع للمشتري
 إلا بعد القبض برضا للبائع .
 (ب) ويملكه بمثله إن كان مثلياً وبقيمته إن كان قيمياً .
 (ج) وعلى كل من المتعاقدين فسخه قبل القبض وبعده
 إذا كان قائماً بيد المشتري .
 (د) ولا يتوقف الفسخ على القضاء إلا إذا أصر أحدهما
 على إمساكه ^(١) .

(١) الدر المختار وحاشية ابن عابدين ج ٤ ص ١٢٠ ، ١٢١ وفتح
 القدير ج ٥ ص ٢٢٧ — ٢٣١

المذكرة الإيضاحية

حكم البيع الفاسد أنه لا يفيد ملك المشتري للبيع إلا بعد قبضه له برضا البائع صريحاً بأن أمره بالقبض أو دلالة بأن قبضه في مجلس العقد ولم ينه البائع عن قبضه ولم يكن في البيع خيار شرط .

فإذا هلك المبيع بعد قبضه أو تعذر رده فإنه يملكه بمثله إن كان مثلياً فإن انقطع المثل بقيمته يوم الخصومة .

وإن كان المبيع قيميا يملكه بقيمته يوم قبضه إلا في ثلاث مسائل :

في بيع المازل ، وفي شراء الأب من مال طفله كذلك فإنه لا يملكه حتى يستعمله ، لأن قبض الأب حاصل فلا بد من الاستعمال حتى ينحقق قبض حادث .

وإذا ملكه تثبت جميع أحكام الملك إلا أنه لا شفعة فيه ولا به لو كان عقاراً ، لأن حق البائع لم ينقطع لأنه على شرف الفسخ والاسترداد نفيًا للفساد . وإنما يملكه بالمثل أو القيمة حالة هلاكه أو تعذر رده لأنه إذا كان قائماً بحاله وجب رده .

وإنما وجبت القيمة يوم قبضه لأنه دخل به في ضمانه فلا تعتبر زيادة قيمته كالمغصوب .

ويجب على كل من البائع والمشتري فسخ البيع الفاسد قبل القبض

أو بعده ما دام المبيع بحاله في يد المشتري ولم يتغير ، لأن الفساد معصية يجب رفعها .

ولا يتوقف الفسخ على قضاء القاضى لأن الواجب شرعاً لا يحتاج للقضاء إلا إذا أصر أحدهما على التمسك به وعلم القاضى بذلك فله فسخه جبراً عليه حقاً للشرع .

مادة (١٣٨) :

«القول للمشتري مع يمينه في القيمة إذا تعذر رد المبيع^(١)»

المذكرة الإيضاحية

إذا تعذر رد المبيع واختلف البائع والمشتري في قيمته يكون القول للمشتري مع يمينه لأنه ينكر الزيادة التي يدها البائع في القيمة حيث أن المبيع دخل في ضمان المشتري يوم قبضه فلا تعتبر زيادة قيمته كالمفصوب ، والقول للمفكر مع يمينه .

...

مادة (١٣٩) :

«إذا رد المشتري المبيع في البيع الفاسد على بائعه بوجه

(١) ابن عابدين ج ٤ ص ١٣١

من الوجوه ووقع في يده فهو متاركة للبيع وبرىء المشتري
من ضمانه ^(١) .

المذكرة الإيضاحية

لا يضمن المشتري المبيع في البيع الفاسد إذا رده على صاحبه
ووقع في يده بوجه ما ، كأن وهبه له أو تصدق به عليه أو باعه له
أو أطاره أو آجره أو غصبه البائع أو كان عنده ودیعة أو رهنا ،
والأصل في ذلك أن المستحق بجهة كجهة الرد للفساد هنا إذا وصل
إلى المستحق بجهة أخرى كالمبة ونحوها اعتبر واصلاً بجهة مستحقة
إن وصل إليه من المستحق عليه وإلا فلا ، أى وإن لم يصل من جهة
المستحق عليه بل وصل من جهة غيره إن لم يكن وكيلاً له فلا يعتبر
حتى أن المشتري فاسداً إذا وهب المشتري من غير بائعه أو باعه لرجل
فوهبه الرجل من البائع الأول وسلمه لا يبرأ المشتري عن ضمانه ،
ولم يعتبر المعين واصلاً إلى البائع بالجهة المستحقة لما وصل من جهة
أخرى (جامع الفصولين) .

...

مادة (١٤٠) :

« إذا تصرف المشتري في المبيع بيعاً فاسداً الغير

(١) ابن عابدين ص ١٣٢ ، ١٣٣ وفتح القدير ص ٥ ص ٢٣٣ ، ٢٣٤

بأنه تصرفاً صحيحاً أخرجه عن ملكه بعد قبضه ينفذ البيع ويمتنع الفسخ إلا إذا كان البيع الأول مشوباً بإكراه^(١).

المذكرة الإيضاحية

إذا تصرف المشتري في المبيع يبيعاً فاسداً بعد قبضه تصرفاً صحيحاً باقياً أخرجه عن ملكه كبيع وهبة ، فإذا كان هذا التصرف للبائع فإنه يعتبر نقضاً للبيع الأول ، وأما إذا كان التصرف لغير البائع فإنه ينفذ في البيع وفي الهبة بعد تسلمها ويمتنع الفسخ لتعلق حق العبدية وهو المشتري الثاني وهذا إذا كان فساد البيع الأول بغير الإكراه ، وأما إذا كان الفساد بالإكراه فلا ينقطع به حق استرداد البائع المبيع وإن تداولته الأيدي وينقض كل تصرف للمشتري يمكن نقضه لتعلق حق البائع الأول به قبل المشتري الثاني ، وإذا لم يمكن نقض التصرف بأن هلك المبيع فإنه يتعين فيه أخذ القيمة من المكره بكسر الراء وكذا لا يمتنع الفسخ إذا كان البيع الثاني فاسداً أو فيه خيار لأن البيع فيهما ليس بلامر ولم يدخل المبيع في ملك المشتري في صورة الخيار .

(١) ابن عابدين ج ٤ ص ١٣٢ ، ١٣٣ ، والهداية من باب الإكراه ج ٣ ص ٢٠١ طبعة صبيح

مادة (١٤١) :

(١) « لا يسقط حق الفسخ في البيع الفاسد بموت أحد المتعاقدين .

(ب) ولا يأخذ البائع المبيع بعد الفسخ حتى يرد ما قبضه
(ج) ولومات البائع فالمشتري أحق بالمبيع من سائر الغرماء
(د) ولو مات المشتري فالبايع أحق من سائر الغرماء
بما قبضه حتى يسترد المبيع » ^(١) .

المذكرة الإيضاحية

إذا مات البائع والمشتري في البيع الفاسد فلا يطل حق الفسخ فيه فيخلفه الوارث وبعد الفسخ لا يأخذه بآثمه حتى يرد ما قبضه من ثمن أو قيمة لأن المبيع مقابل به فيصير محبوساً به كالرهن بخلاف غير المقبوض كما لو شري من مدينه بدينه شراء فاسدا فللمشتري حبسه لاستيفاء دينه .

فاذا كان الذى مات هو البائع وفسخ العقد مع ورثته فيكون المشتري أحق بما فى يده من العين من سائر غرماء البائع الميت

(١) ابن عابدين ج ٤ ص ١٣٤ ، ١٣٥

بل من تجهيزه لأنه مقدم عليه في حياته فكذا على ورثته وغرمائه بعد وفاته فله حبسه حتى يأخذ ماله فيأخذ نقوده بعينها لو قائمة ومثلها لو هالكة بناء على تعيين للنقد في البيع الفاسد وهو الأصح .

وإذا كان الذي مات هو المشتري وفسخ العقد مع ورثته فالبايع أحق من سائر غرماء المشتري الميت بمالية المبيع أى بما قبضه من المشتري فيتمسك به حتى يسترد المبيع ، كما لو مات البائع حيث كان للمشتري حبس العين حتى يسترد الثمن .



مادة (١٤٢) :

« إذا كان البيع فاسداً وتصرف البائع في الثمن والمشتري في المبيع تصرفاً صحيحاً وربح كل منهما يطيب الربح للبائع ولا يطيب للمشتري^(١) . »

المذكرة الإيضاحية

إذا كان البيع فاسداً وتصرف البائع في الثمن تصرفاً صحيحاً والمشتري في المبيع كذلك ، طاب للبائع ماربح في الثمن على الأصح

(١) ابن هابدين ج ٤ ص ١٣٥ ، ١٣٦ ، فتح القدير ج ٥

لأن الثمن في العقد الثانی للصحيح غير متعين ، ولا يضر تعيينه في الأول :
 « الفاسد » ، ولا يطيب للمشتري ما ربح في مبيع يتعين بالتعيين
 بأن باعه بثمان أزيد لتعلق العقد بعينه فتمكن الحث في الربح
 فيصدق به (١) .

مادة (١٤٣) :

« يسقط حق الفسخ في المبيع الفاسد بالزيادة المتصلة
 في المبيع ما لم تكن متولدة منه » (٢) .

المذكرة الإيضاحية

إذا كانت الزيادة متصلة غير متولدة كالصبغ والخطاطة انقطع حق
 الفسخ ، وإن كانت متولدة كالسمن لا تمنع الفسخ ، وكذا لو كانت
 منفصلة متولدة كالولد والأرث ، ولو هلكت هذه الزوائد في يد المشتري
 لا يضمنها ، وإن استهلكها ضمن ، وإن هلك المبيع فقط فلا يباع

(٢) ابن عابدين ج ٤ ص ١٣٥ ، ١٣٦ ، وفتح القدير ج ٥ ص ٢٣٧ ، ٢٣٨

(١) ابن عابدين ج ٤ ص ١٣٧ ، ١٣٨ ، وفتح القدير ج ٥

ص ٢٣٥ ، ٢٣٦ .

أخذها وأخذ قيمة المبيع يوم القبض ، وإن كانت الزيادة منفصلة غير متولدة كالسكب والهبة للبائع أخذ المبيع معها ولا يطيب له ويتصدق بها ، وإن هلك في يد المشتري لا يضمن ، وكذا لو استهلكها عند الإمام وعندهما يضمن ، وإن استهلك المبيع فقط ضمنه والزوائد له لتقرر ضمان الأصل (١ هـ ملخصاً) .

وفي جامع للفضولين : لو نقص في يد المشتري .

بفعل المشتري أو المبيع أو بآفة مماوية أخذه البائع مع الأرض ، ولو بفعل البائع صار مسترداً ، ولو بفعل أجنبي خير البائع ، وما يقطع حق الاسترداد من الأفعال الحسية : إذا بنى أو غرس فيما اشتراه فاسداً لزمه قيمتها وامتنع الفسخ ، وقالوا ينقضهما ويرد المبيع ورجحه الكمال وتعقبه في النهر لحصولهما بتسليط البائع .

البيع المكروه

مادة (١٤٤) :

«البيع مع الأذان الأول للجمعة يكره إذا أخل بالسمعى لها»^(١)

المذكرة الإيضاحية

جاء الكلام عن البيع المكروه متأخراً عن البيع الفاسد مع اشتراكهما في حكم المنع الشرعى والإثم ، لأنه دونه من حيث صحته

(١) ابن عابدين ج ٤ ص ١٣٨ ، وفتح القدير ج ٥ ص ٢٣٩ .

وعدم فسادہ ، إذ النهی عنه باعتبار معنى مجاور للبيع لا فى صلبه ولا فى شرائط صحته ، ومثل هذا النهی لا یوجب الفساد بل الکراهية كما فى الدرر .

والبيع المكروه تحريما : هو البيع عند الأذان الأول ومع ذلك فهو بيع صحيح لا يجب فسخه ويملك المبيع فيه قبل القبض ويجب الثمن لا القيمة ، وإنما كانت الکراهية عند الأذان الأول لأنه هو الذى يجب السعى عنده فيدخل البيع حينئذ بالسعى للصلاة ، أما إذا لم يخل بالسعى لها كأن تبايعا وهما يسميان فلا بأس به لتعليل النهی بالإخلال بالسعى ، فإذا اتقى الإخلال اتقى النهی ، وخصص من البيع المكروه بيع من لا جمعه عليه كمسافر مثلا فلا كراهة فيه .



مادة (١٤٥) :

« يكره النجش إذا بلغت السلعة قيمتها »^(١) .

المذكرة الإيضاحية

النجش بفتحين ويسكن هو : أن يزيد فى الثمن ولا يريد الشراء ، أو يمدح المبيع بما ليس فيه ليروجه ويرغب غيره فيه ، وهو منهى عنه

(١) ابن عابدين ج ٤ ص ١٣٨ ، ١٣٩ وفتح القدير ج ٥ ص ٢٢٩

بقوله صلى الله عليه وسلم « لا تناجشوا » أى لا تفعلوا ذلك ،
والكراهة لما فيه من الخداع ، وهو قبيح جاور هذا البيع فكان
مكروها ، ومحل الكراهية فى النجش إذا كانت السلعة قد بلغت
قيمتها ، أما إذا لم تبلغ قيمتها فلا يكره لانتفاء الخداع « عناية »
بل ذكر القهستانى وابن السكال عن شرح الطحاوى أنه فى هذه
الصورة محمود .

* * *

مادة (١٤٦) :

« يكره السوم على سوم الغير بعد الاتفاق على الثمن
وكذا البيع على بيعه »^(١) .

المذكرة الإيضاحية

السوم فى المبايعة يقال سام البائع السلعة سوما عرضها للبيع وسامها
المشتري واستامها طلبها ، وهو مكروه إذا تم الاتفاق على مبلغ الثمن ،
ففى الصحيحين « نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن تلقى الركبان
إلى أن قال : وأن يستام الرجل على سوم أخيه ، وصورته : أن يتراضيا

(١) ابن عابدين ج ٤ ص ١٣٩ ، وفتح القدير ج ٥ ص ٢٢٩
والمصباح النير .

بشمن ويقع الركون به فيجىء آخر فيدفع للمالك أكثر منه أو مثله وهو منهى عنه ولو كان الغير ذميا أو مستأمنا ، وذكر الأخ في الحديث ليس قيذا بل لزيادة التنفير ، لأنه يبيع من يزيد ويسمى يبيع الدلالة وهو مباح ، فقد باع صلى الله عليه وسلم قدحا وحلسا يبيع من يزيد ، وفي المصباح : الحلس كساء يجعل على ظهر البعير تحت رحله وجمعه أحلاس كحمل وأحمال ، والحلس بساط يبسط في البيت ، وكما يكره السوم على سوم الغير يكره البيع على يبعه ولو ذميا أو مستأمنا ، فقد جاء في الصحيحين أيضا لا يبيع الرجل على بيع أخيه ولا يخطب على خطبة أخيه إلا أن ياذن له ، وصورته أن يتراضيا على ثمن سلامة فيقول آخر أنا أبيعك مثلها بأنقص من هذا الثمن أفاده في الفتح .

* * *

مادة (١٤٧) :

« يكره تلقى الجلب إذا كان يضر بأهل البلد أو يلبس السعر » ^(١).

المذكرة الإيضاحية

الجلب بفتححتين بمعنى المجلوب أو الجالب وهو المراد من تلقى

(١) ابن عابدين ج ٤ ص ١٣٩ ، وفتح القدير ج ٥ ص ٢٣٩ ، ٢٤٠

الركبان الحديث ، ففي الصحيحين « نهى رسول الله ﷺ —
 عن تلقى الركبان الخ ، وهذا يؤيد تفسيره بالجلب لأن الركبان جمع
 راكب لكن الذى فى المصباح والمغرب تفسيره بالمجلوب .
 ومحل السكراة فى تلقى الجلب إذا كان يضر بأهل البلد أو يلبس
 السمر على الواردين لعدم علمهم به ، قال فى الفتح : وللتلقى صورتان :
 إحداها : أن يتلقاها المشترون للطعام منهم فى سنة حاجة لبيعوه
 من أهل البلد بزيادة .

وثانيتها : أن يشتري منهم بأرخص من سعر البلد وهم لا يعلمون
 بالسعر فيكره تلقى الجلب للضرر والغرر ، وفى الصورة الأولى فيه
 ضرر بأهل البلد ، وفى الصورة الثانية فيه غرر بالواردين ، وكل
 من الضرر والغرر منهى عنه .

مادة (١٤٨) :

« يكره بيع الحاضر للبادى فى حالة القحط أو العوز »^(١) .

المذكرة الإيضاحية

الحاضر من كان من أهل الحضر بخلاف البدو ، فالبادى من كان

(١) ابن عابدين ج ٤ ص ١٢٩

من أهل البادية أى البرية ، ويقال حضري وبدوى نسبة إلى الحضرة
والبدو ، وكره بيع الحاضر للبادى لحديث الصحيحين عن ابن عباس
رضى الله تعالى عنهما : « نهى رسول الله — ﷺ — أن يتلقى
الركبان وأن يبيع حاضر لباد ، قال : قلت لابن عباس : ما قوله
حاضر لباد : قال : لا يكون له ممسار « فتح » ، وقيل الحاضر المالك
والبادى المشتري ، والأصح كما فى المجتبى أنهما السمسار والبائع لموافقته
آخر الحديث « دعوا الناس يرزق بعضهم بعضاً » ولذا عدى باللام
لا بمن .

ومحل الكراهة فى بيع الحاضر للبادى يكون فى حالة القحط
أو العوز ، والقحط انقطاع المطر ، والعوز بتحريك الواو : الحاجة
فسبب الكراهة الضرر .
أما إذا انتفى كل من القحط والعوز فلا يكره حينئذ بيع الحاضر
للبادى لانعدام الضرر .

البيع الموقوف

مادة (١٤٩) :

(١) « يتعقد بيع الفضولى موقوفاً إن كان له مجيز وقت
العقد وإلا فلا يتعقد .

(ب) وتصح إجازته من المالك اذا كان كل من البائع والمشتري والمبيع قائماً وأن يكون الثمن موجوداً لو كان عرضاً

المذكرة الإيضاحية

الفضولي بضم الفاء نسبة إلى الفضول جمع فضل وهو الزيادة .

والمراد به شرعاً : من يتصرف في حق غيره بغير إذن شرعى ، ومناسبة الكلام عن بيعه بعد الكلام على البيع الفاسد توقف إفادة كل منهما الملك على شيء وهو القبض في الأول والإجازة في الثانى ، وحكم بيع الفضولى : أنه ينعقد موقوفاً على إجازة من يملك العقد إن كان له مجيز أى من يقدر على إجازته حالة العقد كصبي غير ماذون باع مثلاً بيعاً يجوز عليه لو فعله وليه فى صغره ثم بلغ قبل إجازة وليه فأجازته بنفسه جاز لأن له ولياً يجيزه حالة العقد ، وكان للصغير فضولياً هنا مع أنه يتصرف فى حق نفسه لأن مباشرة العقد ليست حقه بل حق الولى ، وإن لم يكن له مجيز حالة العقد فلا ينعقد بيعه أصلاً كصبي باع ماله محاباة فاحشة أو شرباً شيئاً بأكثر من قيمته فاحشاً مما لو فعله وليه فى صباه لم يحز عليه فهذا باطل ، وإن أجاز له الصبي بنفسه بعد بلوغه لأنه لا مجيز له وقت العقد فلم يتوقف على الإجازة .

وحكم بيعه أيضاً إذا كان له مجيز حالة وقوعه كما مر قبول الإجازة

من المالك بشرط قيام البائع والمشتري والمبيع بان لا يتغير المبيع بحيث
يعد شيئاً آخر لأن إجازته كالبيع حكماً ، وكذا يشترط قيام الثمن أيضاً
لو كان عرضاً معيناً لأنه مبيع من وجه فيكون ماسكاً للفضولي وعليه
مثل المبيع لو مثلياً وإلا فقيمته لو قيمياً ، وغير العرض ملك للمعجز
أمانة في يد الفضولي (ملحق) وكذا يشترط قيام صاحب المتاع أيضاً
فلا تجوز إجازة وارثه لبطلانه بموته .

المادة (١٥٠) :

(١) : كل ما ينبيء عن موافقة المالك على تصرف

الفضولي يعتبر إجازة .

(ب) : وكل ما ينبيء عن عدم قبوله يعتبر ردّاً

المذكرة الإيضاحية

إذا أخذ المالك الثمن من المشتري أو طلبه منه فإن ذلك يعتبر
إجازة منه لبيع الفضولي ، وهل للمشتري الرجوع على الفضولي بمثله
لو هلك في يده قبل الإجازة ؟ الأصح نعم إن لم يعلم أنه فضولي وقت الأداء
لا أن علم « قبة » واعتمده ابن الشحنة وأقره صاحب تموير الأبصار
وجزم الزيلعي وابن ملك بأنه أمانة مطلقاً ، وحكم هلاك المبيع ذكره

(١) ابن عابدين ج ٤ ص ١٤٧ ، ١٤٨

في جامع الفصولين (وحاصله) أنه لو هلك قبل الإجازة فإن كان قبل قبض المشتري بطل العقد وإن بعده لم يحجز بالإجازة وللمالك تضمين أيهما شاء ، وأيهما اختار تضمينه ملكه ويبرأ الآخر فلا يقدر على أن يضمه ، ثم إن ضمن المشتري بطل البيع لأن أخذ الثمن كأخذ العين والمشتري أن يرجع على البائع بثمنه لا بما ضمن ، وإن ضمن البائع فإن كان قبض البائع مضمونا عليه أي بأن قبضه بلا إذن مالكة نفذ بيعه بضمانه ، وإن كان قبضه أمانة ، وإنما صار مضمونا عليه بالتسليم بعد البيع لا ينفذ بيعه بضمانه لأن سبب ملكه تأخر عن عقده ، وذكر محمد في ظاهر الرواية أن البيع يجوز بتضمين البائع وقيل تأويله أنه سلم أولا حتى صار مضمونا عليه ثم باعه فصار كمفصوب .

ولو وهب المالك الثمن من المشتري أو تصدق به عليه فهو إجازة لو المبيع قائما « عمادية » .

وإذا قال المالك لا أجيز فهو رد للبيع الموقوف ، فلو أجازه بعده لم يحجز لأن المفسوخ لا يجاز بخلاف المستأجر لو قال لا أجيز بيع الآجر ثم أجاز جاز وأفاد كلامه جواز الإجازة بالفعل وبالقول ، وأن للمالك الإجازة والفسخ والمشتري الفسخ لا الإجازة ، وكذا الفضولي قبلها في البيع لا في النكاح لأنه معبر محض « بزازية » ، وفي الجمع : لو أجاز أحد المالكين خير المشتري في حصته وألزمه محمد بها .

وإذا قال المالك : بثما صنعت قال في جامع الفصولين : هو إجازة في نكاح وبيع وطلاق وغيرها كذا عن محمد ، وفي ظاهر الرواية هو رد وبه يفتى كما في صلب المسألة ، والظاهر أن مثله أسات ولو قال

المالك : أحسنت وأصبت ومقابله ما في الحانية من أنه ليس إجازة لأنه يذكر للإستهزاء ، وفي الذخيرة : أن فيه روايتين ، وفي جامع الفصولين : أحسنت أو وفقت أو كميتني مؤنة البيع أو أحسنت فجزاك الله خيراً ليس إجازة لأنه يذكر للإستهزاء إلا أن مجداً قال : إن أحسنت أو أصبت إجازة استحساناً .

قال ابن طابدين : وينبغي أن يفصل فإن قاله جداً فهو إجازة لا لو قاله استهزاء ويعرف بالقرائن ، ولو لم توجد ينبغي أن يكون إجازة إذ الأصل هو الجداه . (١)

مادة (١٥٢) :

« إذا أجاز المالك بيع الفضولى ثم رده بعد علمه بالثمن فالمعتبر إجازته » .

المذكرة الإيضاحية

مع المالك أن فضولياً باع ملكه فأجازه ولم يعلم مقدار الثمن ، فلما علم رد البيع فالمعتبر إجازته ، لصيرورة الفضولى بالأجازة كالوكيل حتى يصح حطه من الثمن ، علم المالك بالثمن أو لم يعلم ، وأجاب صاحب

(١) ابن عابدين ج ٤ ص ١٤٧ ، ١٤٨

المهداية أنه إذا علم بالحط بعد الإجازة فله الخيار بين الرضا والفسخ بجر
عن البرازية ولو بدأ بالرد ثم أجاز فالاعتبر ما بدأ به (رمل على الفصولين). (١)

* * *

مادة (١٥٣) :

« إذا باع الفضولي عقار غيره وسامه للمشتري ثم اعترف
بالغصب وأنكر المشتري لم يضمن الفضولي قيمة العقار فإن
برهن المالك على ملكية العقار أخذه » .

المذكرة الإيضاحية

لو باع الفضولي عقار غيره من دار أو أرض وسامه المشتري
وأقبضه إياه ثم اعترف البائع الفضولي بالغصب وأنكر المشتري
لم يضمن هذا البائع قيمة العقار مع الإقرار بفصله وعدم صحة غصب
العقار عند الإمام وعند أبي يوسف ثانياً ، وقال محمد يضمن قيمته
لصحة غصب العقار عنده ، ولا ينزع العقار من يد المشتري لعدم سرية
إقرار البائع بالغصب على المشتري ، فإن برهن المالك على ملكه أخذه
لأنه نور دعواه وأوضحها بالبرهان ، وإن لم يبرهن كان للتلف مضافاً
إلى عجزه عنه لا إلى عقد البائع ، قال السائغاني : والظاهر أن الثمن
يوضع في بيت المال حتى يتبين الحال (٢) .

* * *

(١) ابن عابدين ج ٤ ص ١٤٨

(٢) ابن عابدين ج ٤ ص ١٥٠

مادة (١٥٤) :

« بيع مال الغير لحساب مالكه موقوف على إيجازته إذا كان بالغاً عاقلاً » .

المذكرة الإيضاحية

إذا بيع مال الغير لحساب مالكه انعقد البيع ويتوقف ولا ينفذ إلا بعد الأجازة من المالك إذا كان بالغاً عاقلاً ، فلو كان صغيراً أو مجنوناً لم انعقد البيع أصلاً كما في الزواهر معزيا للحاوي ، وهذا إن باعه على أنه لزمة مالكه ، أما لو باعه على أنه لنفسه أى لحسابه أو باعه من نفسه « اشتراه » أو شرط الخيار فيه مدة معلومة للمالك المسكف ، أو باع عرضاً من غاصب عرض آخر للمالك بهذا العرض الآخر المفضوب فالبيع باطل كما تقدم في المادة (١١٣) .

والحاصل أن بيعه موقوف إلا في هذه الأربعة فباطل ، وقيد بالبيع فيما تقدم لأنه لو اشترى لغيره نفذ عليه إلا إذا كان المشتري صبيّاً أو مجبوراً عليه فيتوقف ، هذا إذا لم يصفه الفضولى إلى غيره ، فلو أضافه بأن قال بع هذا الثوب لفلان فقال البائع بعته لفلان توقف بزازية (١) .

(١) ابن عابدين ج ٤ س ١٤٢ ، ١٤٣

مادة (١٥٥) :

« يتوقف بيع الصبي المحجور وبيع المعتوه على إجازة الولي »

المذكرة الإيضاحية

يتوقف بيع الصبي المحجور على إجازة الولي وكذلك المعتوه
أى حكمه فى البيع كحكم للصبي المحجور ، وذلك لـ نقصان الأهلية فيهما (١) .
* * *

مادة (١٥٦) :

« بيع غير الرشيد ماله موقوف على إجازة الوصى أو القاضى »

المذكرة الإيضاحية

بيع غير الرشيد موقوف على إجازة الوصى أو القاضى اهـ ذكر
فى الخاتمة : أن الصبي المحجور إذا بلغ سفيهاً يتوقف بيعه وشراؤه
على إجازة الوصى أو القاضى اهـ . وفى الخلاصة : إذا باع ماله وهو
غير رشيد يتوقف على إجازة القاضى اهـ .
قال ابن عابدين : وهذا على قولهما ، أما على قول الإمام فتصرفه
صحيح (٢) .

* * *

(١) ابن عابدين ج ٤ ص ١٤٣ ، ١٤٤

(٢) ابن عابدين ج ٤ ص ١٤٣ ، ١٤٤ .

« بيع المرهون والمستأجر موقوف على إجازة المرتهن أو المستأجر » .

المذكرة الإيضاحية

يوقف بيع المرهون والمستأجر على إجازة مرتهن ومستأجر أى فإن أجازته المرتهن والمستأجر نفذ ، وهل يملك الفسخ ؟ قيل لا وهو الصحيح ، وقيل يملكه المرتهن دون المستأجر ، لأن حقه فى المنفعة ، ولذا لو هلك العين لا يسقط دينه ، وفى الرهن يسقط وتماه فى البحر ، وجزم فى الحانية الثانى ، لكن فى حاشية الفصولين للرملى عن الزيلعى ، لا يملك المرتهن الفسخ فى أصح الروايتين ، وليس للراهن والمؤجر الفسخ ، وأما المشتري فله خيار الفسخ ان لم يعلم بالإجارة والرهن عند أبى يوسف وعندهما له ذلك وان علم ، وقولهما هو الصحيح وعليه الفتوى ، بقى لو لم يجز المستأجر حق انفسخت الإجارة نفذ البيع السابق ، وكذا المرتهن اذا قضى دينه كما فى جامع الفصولين ، وفيه أيضا عن الذخيرة : البيع بلا اذن المستأجر ينفذ فى حق البائع والمشتري لا فى حق المستأجر ، فلو سقط

حق للمستاجر نفذ ذلك البيع ولا حاجة الى التجديد وهو الصحيح ،
ولو أجاز المستاجر نفذ في حق الكل ، ولا ينزع من يده ليصل
اليه ماله اذ رضاه بالبيع يعتبر لفسخ الإجارة لا للاتزاع من يده ،
وعن بعضهم أنه لو باع وسلم وأجازها المستاجر بطل حق حبسه ،
ولو أجاز البيع لا التسليم لا يبطل حق حبسه اهـ (١) .

* * *

مادة (١٥٨) :

« بيع الأرض المنعقد عليها مزارعة موقوف على إجازة
الزارع » .

المذكرة الإيضاحية

إذا باع مالك الأرض أرضه التي في مزارعة الغير يتوقف بيعه
على إجازة المزارع ، قال ابن عابدين : صورته كما في « ح » عن
الفتاوى الهندية ، إذا دفع أرضه مزارعة مدة معلومة على أن يكون
البذر من قبل العامل فزرعها للعامل أو لم يزرع فباع صاحب الأرض
الأرض يتوقف بيعه على إجازة المزارع اهـ أى لأنه في حكم
المستأجر للأرض ، وأما لو كان البذر من المالك فينفذ لو لم يزرع

(١) ابن عابدين ج ٤ ص ١٤٤ ، ١٤٥

لأن المزارع أجير ولو زرع لا تتعلق حق المزارعة وتماه في جامع
الفصولين^(١) .

...

مادة (١٥٩) :

« يوقف بيع شيء بالتقدر المكتوب عليه فإن علم المشتري
بحقيقة قدره في مجلس البيع تخير وإلا فسد » .

المذكّرة الإيضاحيّة

إذا باع شيئاً برقه أى المكتوب عليه فالبيع موقوف فإن علمه
المشتري في مجلس البيع توقف على إجازته فيخير بين أخذه وتركه
لأن الرضا لم يتم قبله لعدم العلم فيتخير كما في خيار الرؤية وإن يعلمه
يفسد ، قال في الدر : وفي مراجعة البحر أنه فاسد له عرضية الصحة
لا بالعكس هو الصحيح ، وعليه فتحرم مباشرته وعلى القول
الضعيف لا^(٢) .

...

مادة (١٦٠) :

« يوقف بيع المبيع من غير مشتره بعد القبض » .

(١) ابن عابدين والدر المختار ج ٤ ص ١٤٥

(٢) ابن عابدين ج ٤ ص ١٤٤ ، ١٤٥ .

المذكورة الإيضاحية

بيع المبيع من غير مشترطه يتوقف .

قال في الدر صورته : باع شيئاً من زيد ثم باعه من بكر لا يعقد الثاني حتى لو تفاسخ الأول لا ينفذ الثاني لكن يتوقف على إجازة المشتري إن كان بعد القبض وإن كان قبله في المنقول لا ، وفي العقار على الخلاف اهـ (١) .

مادة (١٦١) :

« يتوقف بيع المرتد على إسلامه » .

المذكورة الإيضاحية

بيع المرتد موقوف عند الإمام على الإسلام ولا يتوقف عندها (٢) .

مادة (١٦٢) :

« يتوقف البيع بما باع به فلان ، والبيع بمثل ما يبيع الناس » .

(١) حاشية ابن عابدين على الدر المختار ج ٤ ص ١٤٥ (١) .

(٢) حاشية ابن عابدين والدر المختار ج ٤ ص ١٤٥ .

به ، أو بمثل ما أخذ به فلان والبائع يعلم والمشتري لا يعلم ، فإن علم المشتري في المجلس صح وإلا فسد .

المذكرة الإيضاحية

يتوقف البيع بما باع به فلان ، وكذا يتوقف البيع بما يبيع الناس به ، أو بمثل ما أخذ به فلان والبائع في هذه يعلم والمشتري لا يعلم ، فإن علم المشتري في المجلس صح وله الخيار شربلاية عند قوله بما باع به فلان . واستظهر ابن عابدين : أن هذه المسائل يصح فيها إذا علم به في المجلس وإن لم يعلم به فسد فيملك بالقبض شربلاية (١) .

...

مادة (١٦٣) :

« يبيع الشيء بقيمته موقوف فإن بين في المجلس صح

وإلا فسد . »

(١) حاشية ابن عابدين والدر المختار ج ٤ ص ١٤٥

المذكرة الإيضاحية

إذا باع الشيء بقيمته فالبيع موقوف فإن بين الثمن في المجلس صح وله الخيار شرئلائية ، وإن لم يبين فسد فيملك بالقبض (١) .

...

مادة (١٦٤) :

« يتوقف بيع فيه خيار شرط » .

المذكرة الإيضاحية

إذا وجد في البيع خيار الشرط كان غير لازم لا موقوفا وبيان ذلك أن الموقوف مقابل للنافذ وما فيه خيار مقابل لل لازم ، فإليه خيار غير لازم لا موقوف ، لكن قد يقال إن لزومه موقوف على إسقاط الشرط فيصح وصفه بالموقوف فإنه وإن كان لازما لكن يتوقف لزومه على إسقاط الخيار فإذا سقط كان لازما ، ولم يقيد في المادة بالمجلس ليشمل ما كان مقيدا بالمجلس وغيره ، ولثلا يتوهم منه خيار القبول لأنه فيه كما قال ألوانى : ان البيع الموقوف إنما يكون بعد الإيجاب والقبول ، ومعلوم أنه خيار قبل حصوله (٢) .

(١) حاشية ابن عابدين والدر المختار ج ٤ ص ١٤٥ ، ١٤٦

(١) حاشية ابن عابدين والدر المختار ج ٤ ص ١٤٥ ، ١٤٦

مادة (١٦٥):

(١) «بيع الغاصب موقوف على إجازة المالك .

(ب) وبيع المالك الشيء المغمصوب موقوف على الإثبات» .

المذكرة الإيضاحية

(٣٢١) :

يتوقف بيع الغاصب الشيء المغمصوب على إجازة المالك سواء أ كان البيع لحساب ماله أو لنفسه ، فلو تداولته الأيدي فأجاز المالك عقدا من هذه العقود جاز ذلك العقد خاصة ، ويتوقف أيضا بيع المالك المغمصوب على الإثبات أي على إقرار الغاصب إذا أقر أو على البينة إن أنكر (١) .

مادة (١٦٦):

«بيع ما في تسليمه ضرر موقوف على تسليمه في المجلس» .

المذكرة الإيضاحية

(٦) : ما يترتب عليه

يتوقف بيع الشيء الذي في تسليمه ضرر على أن يسلمه في المجلس ،

(١) حاشية ابن عابدين و لدر المختار ج ٤ ص ٤٤٤ ، في المحل المذكور (١)

وذلك كبيع جذع في سقف سواء أ كان معيناً أولاً على ما في النهر
عن الفتح (١) .

...

مادة (١٦٧) :

« بيع المريض لوارثه موقوف على إجازة باقي الورثة » .

المذكرة الإيضاحية

يتوقف بيع المريض لوارثه على صحة المريض فان صح من مرضه
نفذ وإن مات منه يتوقف على إجازة بقية الورثة ، ولو كان البيع
بمثل القبضة ، فان إجازته الورثة نفذ وإن لم تجزه بطل وهذا عند
الإمام ، وأما عند الأصحابين فانه يجوز ويخير المشتري بين فسخ وإتمام
لو فيه غبن أو محاباة قلت أو كثرت .

...

مادة (١٦٨) :

« بيع الورثة التركة المستغرقة موقوف على إجازة الغرماء » .

(١) ابن عابدين - ٤ - ص ١٤٦

(١) حاشية ابن عابدين على الدر المختار - ٤ - ص ١٤٥ ، ١٤٦

المذكرة الإيضاحية

يتوقف بيع الورثة التركة المستغرقة على إجازة الغرباء (الدائنين) عزاء في البحر الى الزيلعي ومثله في جامع الفصولين ، لودلك حفظ لديونهم لأنها متعلقة بها ، فان أجازت الغرماء نفذ والا بطل ، وأما اذا لم تكن التركة مستغرقة فقبل يوقف وقيل يصح بيع ما يزيد على ما به سدادهم لنفع الورثة ، وعدم مضارتهم حيث لا ضرر على الغرماء. (١).

• • •

مادة (١٦٩) :

« يتوقف بيع أحد الوكيلين على إجازة الآخر ما لم يصرح له بالانفراد » .

المذكرة الإيضاحية

اذا وكل المرء عن نفسه وكيلين فباع أحدهما شيئا مما يملكه الموكل فان كان بمحضرة الوكيل الآخر فانه يتوقف البيع على إجازته وان كان بغيته فانه يكون باطلا عزا هذا الحكم في البحر الى وكالة

(١) حاشية ابن عابدين على الدر المختار ج ٤ ص ١٤٥ ، ١٤٦ .

الزيلي ، ومثل أحد الوكيلين في الحكم أحد الوصيين أو الناظرين ،
فإن بيع أحدهما يتوقف على إجازة الآخر لو بحضرته ، ويطل
لو بغيته (١) .

...

الإقالة

مادة (١٧٠) :

« الإقالة رفع العقد بمثل الثمن الأول ولو مسكوتاً عنه فيها ،
وتجوز في بعض العقود عليه بما يخصه من الثمن » .

المذكرة الإيضاحية

الإقالة رفع العقد ولو في بعض المبيع ، والمراد بالعقد : القابل
للفسخ بخيار بخلاف النكاح فإنه لا يقبل الفسخ بخيار .
ومعنى صحة الإقالة بمثل الثمن الأول أنه لو كان عشرة دنانير مثلاً
فدفع إليه دراهم ثم تقايلاً وقد رخصت الدنانير رجع بالدنانير لا بمادفع ،
فلو كان عقد البيع بدراهم فكسدت ثم تقايلاً رد الكاسد كما في الفتح
(نهر) .

والإقالة جائزة بل مندوبة لقوله ﷺ : « من أقال نادماً بيعته

(١) ابن عابدين ج ٤ ص ١٤٥ ، ١٤٦

أقال الله عزته يوم القيامة « وجوازها في البيع مشروط بمثل الثمن الأول فإن شرط أكثر منه أو أقل فالشرط باطل .

وأما صحة الإقالة مع السكوت عن الثمن فالمراد أن الواجب هو الثمن الأول سواء سماه أولا ، قال في الفتح :

والأصل في لزوم الثمن أن الإقالة فسخ في حق المتبايعين وحقيقة الفسخ ليس إلا رفع الأول كأن لم يكن فيثبت الحال الأول ، وثبوته برجوع عين الثمن إلى مالكة كأن لم يدخل في الوجود غيره ، وهذا يستلزم تعين الأول ونفي غيره من الزيادة والنقص وخلاف الجنس ، ويرد مثل المشروط ولو المقبوض أجود أو أردأ (١) .

مادة (١٧١) :

(أ) تصح الإقالة بمثل الثمن الأول ، وإن شرط غير جنسه ، أو كان أكثر ، أو كان ذلك الثمن حالا فأجله .

(ب) وكذا تصح بالأقل من الثمن الأول وإن تعيب المبيع عند المشتري .

(١) حاشية ابن عابدين على الدر المختار ج ٤ ص ١٥٥

المذكرة الإيضاحية

كما تصح الإقالة بمثل الثمن الأول أو بالسكوت عنه تصح وإن شرط غير جنسه أو أكثر منه أى من الثمن الأول أو من الجنس ، وأيضاً لو كان الثمن حالا فأجله المشتري عند الإقالة فإن التأجيل يبطل وتصح الإقالة في البيع ، وإن تقايلاً ثم أجله ينبغي ألا يصح الأجل عند أبي حنيفة ، فإن الشرط اللاحق بعد العقد يلتحق بأصل العقد عنده كذا في القنية (بحر) وتصح الإقالة أيضاً بأقل من الثمن الأول إن تعيب المبيع عند المشتري ويصير المخطوط بإزاء نقصان العيب فتكون الإقالة في البيع فسخاً بالأقل لو بقدر العيب لا يزيد ولا أنقص ، قيل إلا بقدر ما يتغابن الناس فيه ، فلو كان أزيد أو أنقص هل يرجع بكل الثمن أو ينقص بقدر العيب ويرجع بما بقي ؟ الظاهر الثاني ، لأن الإقالة عند التعيب جائزة بالأقل ، والمراد نفي الزيادة والنقصان عند مقدار العيب فصار الباقي بمنزلة أصل الثمن فتلغو الزيادة والنقصان فقط ويرجع بما بقي (١) .

* * *

مادة (١٧٢) :

(١) « تصح الإقالة بلفظين ماضيين وبالتعاطي .

(ب) وتتوقف على القبول في المجلس . »

(١) ابن عابدين ٤ ص ١٥٥

المذكرة الإيضاحية

يجب أن تكون الإقالة بافظين ماضيين، قار البرجندى: وهو المختار، وقال فى الفتح وفى الخلاصة: اختاروا قول محمد، وقال أبو يوسف هى بيع ولكن يصح أن يكون أحد اللفظين مستقبلاً كقوله أقالنى فقال أقلتلك لعدم المساومة فيها، لأن الإقالة لا تكون إلا بعد نظر وتأمل، فلا يكون قوله أقلنى مساومة بل كان تحقيقاً للتصرف.

وكما تكون الإقالة باللفظ تكون أيضاً بالنعاطى ولو من أحد الجانبين كالبيع وذلك هو الصحيح بزازية، وفى السراجية لا بد من التسليم والقبض من الجانبين أى تسليم المبيع وقبض الثمن المدفوع، وتتوقف أيضاً على القبول، فإذا أقال أحد المتبايعين فإن الإقالة تتوقف على قبول المتبايع الآخر فى مجلس المقابلة ولو كان القبول فعلاً كما لو قطعه أو قبضه فور قول المشتري أقلتلك، لأن من شرائطها اتحاد المجلس ورضا المتعاقدين أو الورثة أو الوصى، وكذلك بقاء المحل (المبيع) القابل عقده الفسخ بخيار، فلو لم يبق المبيع على حاله بأن هلك لا تصح، وكذا لو زاد زيادة تمنع الفسخ خلافاً لهما، وكذا لا تصح الإقالة فى النكاح والطلاق لعدم قابلية هذه التصرفات للفسخ^(١).

(١) ابن عابدين ٤ ص ١٥١، ١٥٢

مادة (١٧٣) :

« تصح الإقالة في البيع لمتولى الوقف إن كانت خيراً له » .

المذكرة الإيضاحية

تصح الإقالة في البيع من متولى الوقف لأن الأصل أن من ملك البيع أو الشراء ملك الإقالة بشرط أن تكون من صالح الوقف وخيراً له ، كما لو باع بأقل من القيمة أو اشترى بأكثر منها فإن الإقالة تصح لأنها من صالح الوقف ، وإن كانت الإقالة ليست من صالح الوقف ولا خيراً له فإنها لا تصح ، ولذا لم تصح في بيع المأذون والوصى والمتولى إذا باع كل منهم بأقل من القيمة ، وكذلك لو اشترى بأكثر من القيمة ، وذلك مراعاة للوقف والصغير (منح) ، وكذا لا تصح من الوكيل بالشراء وقيل وبالسلم (أشياء) ، بخلاف الوكيل بالبيع فتصح عند الإمام قبل القبض وبعده يضمن^(١) .

مادة (١٧٤) :

« الإقالة فسخ في حق المتعاقدين فيما هو من موجبات العقد وبيع جديد في حق ثالث » .

(١) ابن عابدين ٤ من ١٥٣ ، ١٥٤ ، ١٥٥

المذكرة الإيضاحية

حكم الإقالة أنها فسخ في حق المتبايعين فيما هو من أحكام العقد إذا كانت قبل القبض بالإجماع ، وأما بعده فكذاك عند الإمام إلا إذا تعذر بأن ولدت المبيعة فتبطل بعد ولادتها لتعذر الفسخ بالزيادة المنفصلة بعد القبض حقاً للشرع لاقبله ، قال أبو يوسف : الإقالة بيع إلا إذا تعذر بأن وقعت قبل القبض في منقول فتكون فسخاً إلا إذا تعذر أيضاً بأن ولدت المبيعة وكانت الإقالة قبل القبض فتبطل ، وقال محمد : الإقالة فسخ إن كانت بالتمن الأول أو بأقل ولو بأكثر أو بخمس آخر مبيع ، والخلاف مقيد بما إذا كانت بلفظ الإقالة كما يأتي «نهر» ، والصحيح قول الإمام كما في تصحيح العلامة قاسم ، وكون الإقالة فسخاً في حق المتبايعين ، إنما يكون ذلك فيما هو من أحكام عقد البيع ، أما لو وجب بأمر زائد كانت بيعاً جديداً في حقهما أيضاً ، كأن اشترى بدينه المؤجل عيناً ثم تقايلا لم يعد الأجل فيصير دينه حالاً كأنه باعه منه ، ولو رده بخيار عيب بقضاء عاد الأجل الأول لأنه فسخ .

وهي بيع في حق ثالث أي ولو بعد القبض ، وإنما كانت عند الإمام فسخاً في حقهما لأنها تنبئ عن الفسخ والرفع وبيعاً في حق الثالث ضرورة أنه يثبت به مثل حكم البيع وهو الملك لا مقتضى الصيغة فحمل عليه لعدم ولايتهما على غيرها كما في الزيلعي ، وذلك بأن كانت بعد القبض بلفظ الإقالة صريحاً أو ضمناً لأنها قد تكون بالتعاطي ،

فالمراد الاحتراز عما لو كانت بلفظ الفسخ ونحوه أو بيع ، ولو كانت الإقالة قبل القبض فهي فسخ في حق السكك في غير العقار أى في المنقول لأنه لا يجوز بيعه قبل قبضه ، أما في العقار فهي بيع مطلقاً لجواز بيعه قبل قبضه ، وما ذكر من كونها بيعاً بعد القبض فسخاً قبله هو ما جزم به الزيلعى ، وذكر في البحر عن البدائع أن هذا رواية عن أبى حنيفة قال وظاهره ترجيح الإطلاق اهـ ويؤيده ما فى الجوهره من أنه لا خلاف بينهم أنها بيع في حق الغير سواء كانت قبل القبض أو بعده وحمله على العقار بعيد ، واو كانت الإقالة بلفظ مفاسخة أو متاركة أو تراد لم تجعل بيعاً اتفاقاً إعمالاً لموضوعه اللغوى ط عن الدرر ، ولو كانت بلفظ البيع فيبيع إجماعاً أى من أبى يوسف ، ومنها فيجوز فيها حكم البيع حتى إذا دفع السلعة من غير بيان الثمن كان بيعاً فاسداً «ط» ، وكذا يفسد لو كان المبيع منقولاً قبل قبضه ، وما فى «ح» من أنها بيع لو بعد القبض وإلا ففسخ لثلاث يلزم بيع المنقول قبل قبضه ، ففيه أن هذا التفصيل فى لفظ الإقالة والكلام فى لفظ البيع ويتفرع على كونها فسخاً فى حق المتعاقدين فروع كما يتفرع على كونها بيعاً فى حق ثالث فروع وسند ذكر ذلك فى المواد الآتية بعد (١) .

مادة (١٧٥) :

«الزيادة المتصلة فى المبيع لا تمنع الإقالة وكذا الزيادة

(١) ابن عابدين ح ٤ ص ١٥٤، ١٥٦

المنفصلة إن كانت قبل القبض ، وإن كانت بعده فلا تصح
الإقالة .

المذكرة الإيضاحية

نما يتفرع على كون الإقالة فسخا في حق المتبايعين أن الزيادة
متصلة أو منفصلة إن كانت قبل القبض لا تمتنع الفسخ والدفع ، وإن
متصلة فكذلك بعد القبض عنده ، وإن كانت منفصلة بطلت الإقالة
لتعذر الفسخ ، قال في الفتح . والحاصل أن الزيادة متصلة كانت كالسمن
أو منفصلة كالولد والأرث إذا كانت قبل القبض لا تمتنع الفسخ والدفع ،
وإن كانت بعد القبض متصلة فكذلك عنده ، وإن كانت منفصلة
بطلت الإقالة لتعذر الفسخ منها ١ ٥ ومثله في ابن ملك على الجمع لكن
تقدم عن الخلاصة أن ما يمنع الرد بالعيب يمنع الإقالة ، وتقدم أيضا
أن الرد بالعيب يمنع في المتصلة الغير المتولدة مطلقا ، وفي المنفصلة المتولدة
لو بعد القبض فقط ، ويوافقه ما في الخامسة والعشرين من جامع
الفصولين أن الرد بالعيب يمنع لو الزيادة متصلة لم تتولد اتفاقا كصيغ
وبناء ، والمنفصلة المتولدة كولد وثمر وأرث تمنع الرد ، وكذا تمتنع
الفسخ بسائر أسباب الفسخ ، والمنفصلة التي لم تتولد ككسب وغلة
لا تمتنع الرد والفسخ بسائر أسبابه . (١)

(١) ابن عابدين ٤ ص ١٥٤

مادة (١٧٦) :

« لا تفسد الإقالة بالشرط الفاسد ولا يصح تعليقها به » .

المذكرة الإيضاحية

الإقالة في البيع صحيحة وإن وجد فيها شرط فاسد فإنه يلغو كما في المادة (١٧١) وذلك كأن يشترط أن يكون الثمن في الإقالة جنساً غير جنس الثمن الأول فيكون دراهم في الإقالة مع كونه دنائير في البيع مثلاً ، أو يشترط أن يكون الثمن في الإقالة أزيد من الثمن الأول ، فإن هذا الشرط مع كونه فاسداً إلا أن الإقالة لا تفسد به بل تكون صحيحة وإن لم يصح تعليق الإقالة بالشرط الفاسد ، ومثل له في البحر عن البرازيلية من قول المشتري للبائع إن وجدت مشترياً بأزيد فبعه منه (١) .

مادة (١٧٧) :

« يجوز للبائع بعد الإقالة بيع المبيع للمشتري ثانية أو هبته

له ولو قبل قبضه » .

(١) ابن عابدين ٤ ص ١٥٥

المذكرة الإيضاحية

لكون الإقالة فسخاً جاز للبائع بيع المبيع منه بعد الإقالة ولو قبل قبض المبيع ، وصورة ذلك باع زيد من عمرو شيئاً منقولاً كتب وقبضه عمرو ثم تقايلا ثم باعه زيد ثانياً من عمرو أو غيره قبل قبضه من عمرو جاز البيع من المشتري وكذلك الهبة منه قبل قبضه لأن الإقالة فسخ في حقهما فقد عاد إلى البائع ملكه السابق فلم يكن بائعاً أو واهباً ما شراه قبل قبضه ، فلو كانت الإقالة بيعاً في حقهما لبطل البيع والهبة كبيع من غير المشتري (عني) . (١)

• • •

مادة (١٧٨) :

« يصح قبض البائع للمبيع المكيل والموزون بعد الإقالة دون إعادة كيّله أو وزنه » .

المذكرة الإيضاحية

معنى صحة قبض البائع للمبيع المكيل والموزون جواز التصرف

(١) ابن عابد بن - ٤ ص ١٥٥ ، ١٥٦

فيه يبيع أو أكل من غير أن يعبد السكيل أو الوزن فلو أن الإقالة كانت يباعا لم يحجز ما تقدم (١).

...

مادة (١٧٩) :

« إذا سلم الشفيع الشفعة ثم تقايل المتبايعان فطلبها الشفيع قضى له بها ».

المذكرة الإيضاحية

من ثمرة كون الإقالة يباعا في حق ثالث في المادة (٣) أنه لو كان المبيع عقارا فسلم الشفيع الشفعة ثم تقايل المتبايعان فطلبها الشفيع عند علمه بالمقايضة قضى له بها لكونها يباعا جديدا بالنسبة للشفيع فكان الشفيع ثالثهما ، وقيد بتسليم الشفيع للشفعة لتظهر فائدة كونها يباعا وإلا لو لم يسلم بأن أقل المشتري قبل أن يعلم الشفيع بالبيع فله الأخذ بالشفعة أيضا إن شاء بالبيع الأول وإن شاء بالبيع الحاصل بالإقالة (٢).

...

(١) ابن عابدين ج ٤ ص ١٥٦

(٢) ابن عابدين ج ٤ ص ١٥٦

مادة (١٨٠) :

« إذا علم البائع الثاني بعيب في المبيع بعد الإقالة فلا يردده على البائع الأول » .

المذكرة الإيضاحية

إذا باع المشتري ما اشتراه لآخر ثم تقايلا فعلم البائع الثاني وهو المشتري من البائع لأول بعيب في المبيع بعد هذه الإقالة لا يردده على البائع الأول لأن الإقالة بيع في حق هذا البائع الأول فكأن البائع الثاني اشتراه بالإقالة من المشتري منه « بحر » فالثالث هنا هو البائع الأول ، وهذه كما في الشريعة ليلية حيلة للشراء بأقل مما باع قبل نقد منه (١) .

مادة (١٨١) :

« ليس للواهب الرجوع في الهبة إذا باع الموهوب له الشيء الموهوب من آخر ثم تقايل البائع والمشتري » .

(١) ابن عابدين ج ٤ ص ١٥٦

المذكرة الإيضاحية

ليس للواهب الرجوع إذا باع الموهوب له الشيء الموهوب من آخر ثم تقايلا ، لأنه أى الموهوب له لما تقايل مع المشتري منه صار كالمشتري من هذا المشتري ، فكأنه عاد إليه للموهوب بملك جديد ، وذلك مانع من رجوع الواهب في هبته ، فالثالث هو الواهب (١) .

...

مادة (١٨٢) :

« إذا باع المشتري المبيع لآخر بعد قبضه وقبل سداد الثمن ثم تقايل المتبايعان جاز للبائع الأول شراؤه من المشتري الأول بالأقل » .

المذكرة الإيضاحية

إذا باع المشتري المبيع من آخر بعد قبضه وقبل نقد الثمن ثم تقايل المتبايعان جاز للبائع الأول شراؤه من المشتري منه بالأقل « صورته » اشترى شيئا فقبضه قبل نقد الثمن فباعه من آخر ثم تقايلا وعاد إلى

(١) ابن عابدين ج ٤ ص ١٥٦

المشتري ، ثم إن البائع اشترى من المشتري بأقل من الثمن جاز ، ويجعل في حق البائع كأنه ملكه بسبب جديد (فتح) . (١)

• • •

مادة (١٨٣) :

« هلاك الثمن لا يمنع صحة الإقالة وهلاك المبيع يمنع صحتها
فهلاك بعضه يمنع صحتها بقدره » .

المذكرة الإيضاحية

إذا هلك الثمن لا يمتنع مع هلاكه صحة الإقالة إذ ليس من شرط صحتها بقاءه بل من شرطها بقاء المبيع فهلاكه يمنع صحتها ، لأن الإقالة عبارة عن رفع عقد البيع والمبيع محله (محر) . وينتفع صحة الإقالة أيضا هلاك المبيع بعد الإقالة وقبل التسليم للبائع ، فإن هلاكه في هذه الحالة يبطل الإقالة ، وعلى ذلك فإذا هلك بعض المبيع فإنه يمنع صحة الإقالة بقدر هذا البعض الهالك في المبيع اعتبارا للجزء بالكل ، يعني هلاك الكل كما منع في الكل فهلاك البعض يمنع في البعض ، وفيه إشارة إلى أنه لو قابله في بعض المبيع وقبله صح ، وبه صرح في « الحاوي سائحاني » .

(١) ابن عابدين ٤ ص ١٥٧

(١) تصح الإقالة إذا هلك أحد البديلين في المقايضة وكذا في السلم وعلى المشتري قيمة ما هلك إن كان قيميا ومثله إن كان مثليا .

(ب) وهلاك البديلين يبطل الإقالة إلا في الصرف .

المذكرة الإيضاحية

المقايضة هي بيع عين بعين كأن تباعا إبلا بغنم ، فإذا هلك أحد البديلين في المقايضة كأن هلك الغنم في يد بائع الإبل ثم تقايلا البيع في الإبل مثلا صحت الإقالة ولصاحب الغنم قيمتها لأنها قيمية ، ولو كان البديل الذي هلك مثليا بأن كان قمحا مثلا رد مثله ، ولا تبطل الإقالة بهلاك أحد البديلين بعد وجودهما لأن كل واحد منهما مبيع ، فكان المبيع الذي هو محل العقد قائما وتمامه في العناية ، وكذا الحكم في السلم وهو بيع آجل بعاجل فتصح الإقالة فيه إذا هلك أحد البديلين ، فلا يرد على اشتراط قيام المبيع لصحة الإقالة إقالة السلم قبل قبض المسلم فيه فإنها أي الإقالة صحيحة سواء أكان رأس المال عينا أم دينا ،

وسواء أكان قائماً بيد المسلم إليه أم هالكا ، لأن المسلم فيه وإن كان دينا حقيقة فله حكم العين حتى لا يجوز الاستبدال به قبل قبضه ، وإذا صححت الإقالة فإن كان رأس المال عينا ردت وإن كانت هالكة رد المثل إن كان مثليا ، وللقيمة إن كان قيميا ، وكذا إقالته بعد قبض المسلم فيه إن كان قائماً ويرد رب السلم عين المقبوض لكونه متعينا كذا في البدائع « ١٥٠ ح » ، هذا إذا هلك أحد البديلين ، أما إذا هلك البديلان فتبطل الإقالة إلا في الصرف وهو بيع ثمن بثمان ، فهلاك بدليه لا يبطل الإقالة لأن المعقود عليه فيه هو ما في ذمة كل من المتعاقدين (١) .

مادة (١٨٥) :

« تبطل الإقالة إذا هلك المبيع بعدها قبل تسليمه »

المذكرة الإيضاحية

هلاك المبيع حقيقة أو حكما كما يمنع ابتداء الإقالة يمنع بقاء الإقالة ١٥٠ (ح) وبه صرح في النهر ، وهلاك المبيع لا يختص بكونه قبل الإقالة بل مثله ما إذا كان الهلاك حقيقة أو حكما بعدها قبل التسليم إلى البائع ونص عبارة البرازية : « هلك المبيع بعد الإقالة قبل التسليم بطلت ١٥٠ (٢) » .

(١) ابن عابدين - ٤ ص ١٥٧

(٢) ابن عابدين - ٤ ص ١٥٧

مادة (١٨٦):

« الإقالة صحيحة وإن نقص المبيع فيما هو تبع للمبيع ويلتزم البائع بجميع ثمنه إن علم بالنقصان وقت الإقالة » .

المذكرة الإيضاحية

تكون الإقالة في البيع صحيحة وإن نقص للمبيع بما هو تبع له كأن اشترى أرضاً بها شجر فقطع ثم تقابل المنبايعان صحت الإقالة ولزم البائع جميع الثمن ولا شيء له من أرض الشجر لأن الشجر يدخل في بيع الأرض تبعاً كما في البحر ، وهذا إن كان عالماً بالقطع وقت الإقالة فيلتزم بجميع الثمن ، وإن كان غير عالم وقت الإقالة بنقصان المبيع فله الخيار بين أن يأخذ المبيع بكل ثمنه من غير أن يسقط شيئاً منه بقدر النقصان أو أن يترك المبيع (١) .

مادة (١٨٧):

« تصح إقالة الإقالة إلا في السلم قبل قبض المسلم فيه » .

(١) ابن عابدين ج ٤ ص ١٥٧ ، ١٥٨

(١٧) تقنين الشريعة ج ٤ - ٢٥٧

المذكرة الإيضاحية

تصح إقالة الإقالة في البيع ، فلو تقايل المتبايعان البيع ثم تقابلا الإقالة ارتفعت وعاد البيع إلا في إقالة السلم قبل قبض المسلم فيه فإنها لا تقبل لكون المسلم فيه ديناً سقط بالإقالة . فلو انفسخت الإقالة لكان حكم انفساخها عود المسلم فيه والساقط لا يحتمل العود بخلاف الإقالة في البيع . لأن المبيع عين فأمكن عوده إلى ملك المشتري « بحر » . هذا إذا كان قبل قبض المسلم فيه . وأما بعده فتصح إقالة السلم ولذا تقيدت المادة بكونه قبل القبض لا بعده (١) .

• • •

(١) ابن عابدين ٤ ص ١٥٨

المراجحة والتولية

مادة (١٨٨) :

« المراجحة بيع ما ملكه من العروض يمثل ما قام عليه مع زيادة ربح معلوم » .

المذكرة الإيضاحية

عبارة « ما ملكه » تعنى مطلق الملك ، سواء كان بموضع كالشراء ، أو بغيره كالإرث والهبة ونحوهما ، إذا قدر قيمته وضم إليه مؤنته .
والمراد « بمنل ما قام عليه » .

أولا : الثمن الذى وقع للعقد الأول عليه . . وما يلحق بأصل هذا العقد من زيادة فى الثمن أو حط منه .

ثانيا : ما صرف على المبيع من كل ما يزيد فى قيمه أو فى قيمته ، وجرى العرف بإلحاقه برأس المال فى عادة التجار ، لأن عرف المسلمين وعاداتهم حجة ، قال النبي ﷺ : « ما رآه المسلمون حسنا فهو عند الله حسن » .

ويضم علف الدواب إلا أن يعود عليه شيء متولد منها ، كألبانها
وصوفها ومنمها ، فيسقط قدر ما نال مما هو متولد من عين المبيع ،
ويضم ما زاد ، بخلاف ما إذا أجز الدابة .

ويقول للبائع عند البيع وضم ما يجوز ضمه : قام على بكذا ،
لا اشتريته بكذا تحرزا عن الكذب .

وعلى البائع أن يطرح من الثمن ما يأتي :

(١) ما سبقت الإشارة إليه مما طاد عليه من شيء متولد من المبيع ،
كاللبن والصوف والسمن .

(ب) ما ربح أولا ، لو شراه ثانيا بجنس الثمن الأول .

(ح) ما ربح في المبايعة بينه وبين من لا تجوز شهادته له للتهمة ،
كأصله ، وفرعه ، وأحد الزوجين ، وأحد المتعاقدين .

(و) حصته من الربح لو اشترى من شريكه (١) .

مادة (١٨٩) :

« إذا ظهرت خيانة في المراجعة خير المشتري بين إمضاء

العقد بجميع الثمن أو فسخه إن كان المبيع قائما ولم يتعيب » .

(١) بدائم الصنائع ج ٥ ص ٢٢٢ ، ٢٢٣ ، فتح القدير ج ٥ ص ٢٥٢

وما بعدها ، ابن عابدين ج ٤ ص ١٥٩ ؛ ١٦٠ الدور ج ٢ ص ١٨١

المذكرة الإيضاحية

مراد القول بالتخيير: أنه لو لم يحط قدر الحيانة بتبقى المراجعة، وأن تفاوت الربح لا يغير التصرف ، وإنما أوجب تغييراً في قدر الثمن ، وهذا يوجب خللاً في الرضا فيثبت الخيار .

أو أن العقد لم يلزم إلا بالقدر المسمى من الثمن ، وأن المراجعة ترغيب ، فيكون الثمن الأول وصفاً مرغوباً فيه فيتخير لقواته .

والتخيير هو القول الراجح في المذهب ، وهو لأبي حنيفة ومحمد . وإنما يثبت هذا التخيير إذا كان المبيع عند ظهور الحيانة بمحل الفسخ قائماً ولم يتعيب .

فإذا هلك المبيع أو حدث به ما يمنع الفسخ بطل الخيار ، ولزمه بجميع الثمن ، لأنه إذا لم يكن بمحل الفسخ لم يكن في ثبوت الخيار فائدة فيسقط كما في خيار الشرط والرؤية بخلاف خيار العيب ، لأن المستحق فيه جزء فائت يطالب به فيسقط ما يقابله إذا عجز عن تسليمه .

ويرى أبو يوسف : لزوم العقد ، وحط قدر الحيانة ، لأن هذا البيع ينعقد بقوله : بعثك مراجعة على الثمن الأول ، فهو أصل ، فلا بد من البناء عليه ، فإذا ظهر خيانة ، تبين أن تسمية قدر هذه الحيانة لم تصح فتأخرو ، ويبقى العقد لازماً بالباقي^(١) .

(١) ابن عابدين ج ٤ ص ١٦٣ . بدائع الصنائع ج ٥ ص ٢٢٦ ، فتح القدير ج ٥ ص ٢٥٦ ، ٢٥٧

مادة (١٩٠) :

« يجب على البائع بيان العيب ولو كان بآفة سماوية دون بيان أنه اشتراه سالماً » .

المذكرة الإيضاحية

إذا حدث بالسلعة عيب في يد البائع ، أو في يد المشتري ، فأراد أن يبيعها مراجعة .

إن حدث العيب بآفة سماوية ، فله أن يبيعها مراجعة بجميع الثمن من غير بيان عندنا ، وعند زفر والشافعي لا يبيعها مراجعة حتى يبين .

وإن حدث للعيب بفعله أو بفعل أجنبي لم يبعه مراجعة حتى يبين بالإجماع ، لأن الفئات صار مقصوداً بالفعل ، وصار مقابله الثمن ، فقد حبس المشتري جزءاً يقابله ، فلا يملك بيع الباقي مراجعة إلا ببيان فالحلاف فيما إذا كان للعيب بآفة سماوية .

حيث يرى أبو حنيفة ومن معه أن له أن يبيع مراجعة بدون بيان العيب لأن الفئات جزء لا يقابله ثمن ، بدليل : أنه لو فات بعد العقد قبل القبض ، لا يسقط بحصته شيء من الثمن ، فكان بيانه والسكوت

عنه بمنزلة واحدة ، وما يقابله الثمن قائم بالكلية ، فله أن يبيعها مرابحة من غير بيان ، لأنه يكونه بائعاً ما بقي بجميع الثمن .

ويرى زفر ومن معه : أن لا يبيع مرابحة حتى يبين ، لأن البيع من غير بيان حدوث العيب لا يخلو من شبهة الخيانة ، لأن المشتري لو علم أن العيب حدث في يد المشتري لكان لا يرجحه فيه ، ولأنه لما باعه بعد حدوث العيب في يده ، فقد احتبس عنده جزءاً منه ، فلا يملك بيع الباقي من غير بيان ، كما لو احتبس بفعله أو بفعل أجنبي .

وقد رجح ابن السكال رأى زفر لأن مبنى المراجعة على عدم الخيانة ، وعدم ذكره أنها انتقصت ، إيهام للمشتري أن الثمن المذكور كان لها ناقصة ، والغالب أنه لو علم أن ذلك ثمنها صحيحة ، لم يأخذها معيبة إلا بخطيئة ، وسبب شرعية المراجعة اعتماد أن الثمن قيمتها . وهذا يبين أنه لا يروم شراءها إلا بقيمتها كي لا يغبن ، وأنه لو علم لم يرض ، فكان سكوته تقريراً له (١) .

مادة (١٩١) :

« إذا اشترى شخص شيئاً بتمن مؤجل وباعه مرابحة بتمن حال فللمشتري الخيار بين الأخذ بكل الثمن أو الترك إذا كان المبيع قائماً » .

(١) بدائع الصنائع ج ٥ ص ٢٢٣ ، ابن عابدين ج ٤ ص ١٦٥ ، فتح القدير ج ٥ ص ٢٦١

المذكرة الإيضاحية

من اشترى شيئاً بثمن مؤجل وباعه مرابحة بثمن آجال كمن اشترى دابة بمائة — مثلاً — نسيئة فباعه بربح عشرة ، ولم يبين أنه اشتراها نسيئة بالمائة ، فعلم المشتري بذلك ، فله الخيار إن شاء رد المبيع ، وإن شاء قبل بالمائة والعشرة حالة .

وإنما يثبت له الخيار ، لأن الأجل شها بالمبيع ، ألا يرى أنه يزداد في الثمن لأجله ، والشبهة ملحقة بالحقيقة ، فكان كأنه اشترى شيئاً بالمائة ، وباع أحدها بها على وجه المراجعة ، وهذا خيانة فيما إذا كان مبيعاً حقيقة ، فإذا كان أحد الشيئين يشبه المبيع ، يكون هذا شبهة الخيانة ، وشبهة الخيانة ملحقة بالحقيقة في المراجعة ، فإذا ظهرت بخير على ما عرف من مذهب أبي حنيفة ومحمد .

هذا الحكم إذا علم الخيانة قبل هلاك المبيع ، بأن كان المبيع قائماً أما إذا علم بعدما هلك أو استهلكه ، لزمه كل الثمن حالاً ، لأن الأجل في نفسه ليس بمال ، فلا يقابله شيء حقيقة إذا لم يشترط زيادة الثمن بمقابلته قصداً، ويزاد في الثمن لأجله ، إذا ذكر الأجل بمقابلة زيادة الثمن قصداً ، فاعتبر ما لا في المراجعة ، احترازاً عن شبهة الخيانة ، ولم يعتبر ما لا في حق الرجوع عملاً بالحقيقة . (بحر)^(١) .



(١) فتح القدير ج ٥ ٢٦٢ ، ابن عابدين ج ٤ ص ١٦٦

مادة (١٩٢) :

« التولية بيع ما ملكه بما قام عليه دون زيادة ربح » .

المذكرة الإيضاحية

قال صاحب الدر : التولية : يبعه بضمنه الأول ولو حكما (أى بهبة أو إرث . . الخ) يعنى بقيمته ، وعبر عن القيمة بالثمن ، لأن الغالب فيما يملكه الإنسان ، أن يكون بضمن سابق (١) .

* * *

مادة (١٩٣) :

« إذا ظهرت خيانة فى التولية يحط بقدرها ، ويلزم العقد بالباقى » .

المذكرة الإيضاحية

إنما كان للعشترى الحط فى التولية إذا ظهرت خيانة ، لأنه لو لم يحط فيها ، لا تبقى تولية ، لأنه يزيد على الثمن الأول ، والعقد إنما تعلق

(١) ابن عابدين ج ٤ ص ١٦٠ ، ١٦١

باعتبارها ، فيتغير التصرف إلى بيع آخر بضمن آخر ولم يوجد ذلك البيع الآخر .

أما في المراجعة فإنه لو لم يحط ، لم تخرج عن كونها مراجعة ، وإن كان يتفاوت الربح فلا يتغير التصرف .

والحط في التولية عند ظهور الحياة قول أبي حنيفة وأبي يوسف . ويرى محمد أنه يتخير فيها ، لأن الاعتبار ليس إلا للتسمية ، لأن الثمن به يصير معلوماً ، وبه يتمدد البيع ، ولا خيار بأنه الثمن الأول ، لا يتعلق الانقضاء به إنما هو ترويح وترغيب ، فيسكون وصفاً مرغوباً فيه ، فبفواته بظهور أن الثمن ليس ذاك يتخير (١) .

مادة (١٩٤) :

« تأخذ التولية حكم المراجعة في بيان العيب وكتمان الأجل » (٢) .

المذكرة الإيضاحية

انظر شرح المادة الثالثة والرابعة من (المراجعة والتولية) .

(١) المراجع ابن هابدين - ٤ ص ١٦٣ ، فتح القدير - ٥ ص ٢٥٦

(٢) ابن هابدين - ٤ ص ١٦٦

مادة (١٩٥) :

«التغريب المؤدى إلى الغبن الفاحش يثبت به الرد في المراجعة والتولية ولا يمنع من الرد التصرف في بعض المبيع قبل العلم بالغبن»^(١).

المذكرة الإيضاحية

الغبن الفاحش هو ما لا يدخل تحت تقويم المقومين هو الصحيح كما في البحر .

وذلك كما لو وقع البيع بعشرة مثلاً ، ثم إن بعض المقومين يقول : إنه يساوى خمسة وبعضهم ستة ، وبعضهم سبعة ، فهذا غبن فاحش ، لأنه لم يدخل تحت تقويم أحد بخلاف ما إذا قال بعضهم ثمانية وبعضهم تسعة وبعضهم عشرة فهذا غبن يسير .

والغبن الفاحش لا رد به في ظاهر الرواية وبه أفق بعضهم مطلقاً أى سواء كان للغبن بسبب التغريب أو بدونه لكن هذا الإطلاق لم يذكره في « القنية » وإنما حكى في القنية الأقوال الثلاثة ، فيفهم منه أن هذا غير مقيد بالتغريب أو بدونه ، ولكن نقل في الفتح أن الإمام

(١) ابن عابدين - ٤ ص ١٦٦ ، ١٦٧ .

علاء الدين السمرقندي ذكر في تحفة الفقهاء أن أصحابنا يقولون في المغبون أنه لا يرد ، لكن هذا في مغبون لم يغر ، أما في مغبون غر يكون له حق الرد استدلالاً بمسئلة اهـ أى بمسئلة ما إذا خان في المراجعة فإن ذلك تغرير يثبت به الرد .

ويبقى بالرد — وفقاً للناس وعليه أكثر روايات المضاربة وبه يفتى — إن غر المشتري البائع أو العكس أو غر الدلال فله الرد وإن غره أجنبي لارد ، وإن لم يحدث تغرير لارد وبه أفتى صدر الإسلام وغيره هو الصحيح .

وتصرف المغبون في بعض المبيع قبل علمه بالغبن غير مانع من الرد ، فيرد مثل ما أتلفه مع رد الباقي ويرجع بكل الثمن هذا إذا كان المبيع مثلياً ، أما إذا كان قيمياً وتصرف ببعضه فهل يرجع بقدر ما غبن فيه ، أو لا يرجع ، أو يرد الباقي ويضمن قيمة ما تصرف فيه ؟

قال ابن عابدين : ما ذكرته من أن المغبون إذا غر له الرد استدلالاً بمسئلة المراجعة يفيد أن خيار التغرير في حكم خيار الحيانة في المراجعة وقد سبق أنه لو هلك المبيع أو استهلكه في المراجعة قبل رده ، أو حدث به ما يمنع من الرد لزمه جميع الثمن المسمى وسقط خياره ، ومقتضى قوله : أو حدث به ما يمنع الرد إلخ . أنه لو هلك البعض أو استهلكه ، له رد الباقي ، إلا في نحو الثوب الواحد ، والظاهر أن هنا كذلك (١) .

(١) ابن عابدين ج ٤ ص ١٦٦ ، ١٦٧

باب الرِّبَا

مادة (١٩٦) :

« الربا فضل ولو حكما خال عن عوض مشروط لأحد
العاقدين في معاوضة مال بمال » .

المذكرة الإيضاحية

« الربا فضل » مال أى فضل أحد المتجانسين على الآخر بالمعيار
الشرعى (الكيل والوزن) ففضل إردب شعير على إردب بر ،
لا يكون رباً لاختلاف الجنس وقيد بقوله « ولو حكما » ليدخل
ربا النسبئة .

« خال » ذلك الفضل « عن عوض » قيد به ليخرج بيع أردب بر ،
وأردب شعير ، بإردبى بر وإردبى شعير ، فإن للثانى فضلا على الأول ،
لكنه غير خال عن العوض ، فيصرف الجنس إلى خلاف جنسه : بأن
يباع أردب بر بإردبى شعير وأردب شعير بإردبى بر .

مشروط « ذلك الفضل » لأحد العاقلين « بائعين ، أو مقرضين ، أو راهنين . للاحتراز عما شرط لغيرهما ، فليس برباً بل بيعاً فاسداً . « في معاوضة مال بمال » قيد بها للاحتراز عن هبة بم عوض زائد ، كأن باعه عشرة دراهم بعشرة دراهم ، بزيادة دائق غير — مشروط — هبة بشرط : أن يكون في الكسر إضرار بها ، فإن لم يضر بها الكسر وجب تخليص الدائق وتسليمه لإمكان القسمة .

ويدخل في الربا ما إذا شرط فيه من الانتفاع بالرهن : كالاستخدام والركوب ، والزراعة ، واللبس ، وأكل الثمر ، فإن الكل ربا حرام ، كما في الفهستاني (١) .

مادة (١٩٧) :

« يتحقق الربا بوجود القدر والجنس » .

المذكرة الإيضاحية

« العلة » ما يضاف إليها ثبوت الحكم بلا واسطة ، فالشرط ليس بعلة لأنه لا يضاف إليه ثبوت الحكم ، والسبب والعلامة وعلة العلة لأنها الواسطة .

(١) المراجع : مجمع الأنهر ج ٢ ص ٨٤ ، ٨٣ ابن عابدين ج ٤ ص ١٨٤ ، ٨٥

فعلة تحريم الزيادة :

١ — القدر : وهو التساوى فى المعيار الشرعى الموجب للمائلة
الصورية وهو : الكيل والوزن ...

٢ — والجنس أى مع اتحاد الجنس فى العوضين فاعلة مجموع
لوصفين ، لأن الأصل فيه الحديث المشهور ، وهو قوله — ﷺ —
« الحنطة بالحنطة مثلاً بمنى ، يدأ بيد » ، وعد الأشياء الستة : الحنطة ،
الشعير ، التمر ، المنح ، الذهب ، الفضة .

ولما كان الأمر للوجوب ، والبيع مباح ، صرف الوجوب
إلى رعاية المائلة ، والمائلة بين الشيئين يكون باعتبار الصورة والمعنى
معا ، والقدر يسوى الصورة ، والجنسية تسوى المعنى ، فيظهر الفضل
الذى هو الربا .

فحرم بيع الكيل والوزنى بمجنسه : كبيع الحنطة بالحنطة ،
والذهب بالذهب مثلاً متفاضلاً ، لوجود الربا فى ذلك ، أو نسيئة
(بأجل) لما فى ذلك من شبهة الفضل إذ النقد خير ، ولو كان غير
مطعموم كالبحص من المكيلات ، والحديد من الموزونات ، لأن الطعم
غير معتبر عندنا .

وحل بيع ذلك متماثلاً بعد التقابض ، أو متفاضلاً غير معبر بمقيار ،
كحفنة بحفنتين لا تنفقاء جريان الكيل ، وما دون نصف صاع فهو
فى حكم الحفنة ، لأنه لا تقدير للشرع بما دونه ، وكذا يبيع
بيضة ببيضتين .

والقاعدة : أن ما لا يدخل تحت المعيار « وهو الكيل والوزن »
 أما لقلته كالحفنة والحفنتين والتمرة والتمرتين ، وأما لكونه عددياً ،
 لا يباع بالمعيار الشرعى كالبيضة والبيضتين ، يحل البيع متفاضلاً ،
 لعدم جريان القدر والمعيار فلا يوجد المساواة فلم يتميز الفضل وبقي
 على الأصل وهو الحل (١) .

مادة (١٩٨) :

« إذا وجد القدر مع الجنس حرم الفضل والنساء ، وإن
 عدما حلاً ، وإن وجد أحدهما حل الفضل وحرم النساء » .

المذكرة الإيضاحية

إذا تحقق الوصفان ، الكيل أو الوزن مع « الجنس » حرم الفضل
 كإردب بر باردبين منه ، وحرم النساء ولو مع التساوى كإردبين
 باردبين منه أحدهما أو كلاهما نسيئة « مؤخرًا » لوجود العلة .
 وإن لم يتحقق كل من الوصفين ، حل الفضل والنساء ، لعدم العلة
 الموجبة المحرمة ، إذ الأصل الجواز ، والحُرمة بعارض ، فيجوز
 ما لم يثبت فيه دليل الحرمة .

(١) مجمع الأنهر ج ٢ ص ٨٤ ، ٨٥

والتصرف فيه قبل القبض لا يجوز ، ولرأس المال شبه بالمبيع فلا يجوز
التصرف فيه قبل القبض ، ففي التولية تمليكك بعوض ، وفي الشركة
تمليك بمضه بعوض فلا يجوز .

وإن تقايلا السلم لا يجوز لرأب السلم شراء شيء من المسلم إليه
برأس المال قبل قبضه لقوله عليه السلام : « لا تأخذ إلا سلهك أو رأس
مالك » (١) .

(١) مجمع الأنهر ج ٢ ص ١٠٣ ، فتح القدير ج ٥ ص ٢٤٥ .

الاستصناع

مادة (٢١٤) :

« الاستصناع : بيع ما يصنعه عينا » .

المذكرة الإيضاحية

الاستصناع . لغة : طلب العمل .

وشرعا : بيع ما يصنعه عينا .

فيطلب فيه من الصانع العمل والعين جميعا ، فلو كان العين من الاستصنع كان إجارة لا استصناعا .

وكيفيته : أن يقول الصانع كخفاف مثلا : اصنع لي من مالك خفاً من هذا الجنس بهذه الصفة بعشرين .

فإن حدد فيه أجل كان سلماً (انظر المادة ١٠ سلم) .

والاستصناع بلا أجل معلوم يصح استحسانا فيما تعورف فيه كخف وطست وغير ذلك من الأواني .

وجوازه استحساناً لأن الناس تعاملوه في سائر الأعصار من غير تكثير فكان إجماعاً منهم على الجواز ، وقد استصنع رسول الله ﷺ خاتماً ومنبراً .

والقياس يأبى جوازه لأنه يبيع المدوم :

وهو يبيع عند عامة « مشايخنا » وقال بعضهم : هو عدة لكن الصحيح من المذهب جوازه بيعاً لأن مجدداً ذكر فيه القياس والاستحسان وهما لا يجريان في المواعدة ، وثبت فيه خيار الرؤية للمستصنع وهو من خصائص البيوع .

ومن شرط جوازه أن يكون فيما للناس فيه تعامل والعداء لا يتقيد جوازها بهذه الشروط فدل أن جوازه جواز البياعات لا جواز العداء . ولا يصح الاستصناع بلا أجل فيما لم يتعارفه الناس فيه كما إذا أمر حائسكا أن ينسج له ثيابا بغزل من عنده بدراهم لم يحجز إذ لم يجز فيه التعامل فيبقى على أصل القياس ، إلا إذا شرط فيه الأجل وبين شرائط السلم فينئذ يجوز بطريق السلم (١) .

مادة (٢١٥) :

« يكون الاستصناع سائماً إذا حدد فيه الأجل » .

(١) مجمع الأنهر ج ٢ ص ١٠٦، ١٠٧ بدائع الصنائع ج ٥ ص ٢٠٩، ٢١٠ .

المذكّرة الإيضاحيّة

كيفية الاستصناع : أن يقول لصانع كخفاف مثلاً : اصنع لى من مالك خفأً من هذا الجنس بهذه الصفة بعشرين بأجل معلوم كأن يقول : شهراً مثلاً . صار سلماً ؛ فتعتبر فيه شرائط السلم .

فيصح فيما أمكن ضبط صفته وقدره تعورف الاستصناع فيه أولاً عند أبى حنيفة لأن السلم ثابت بالكتاب والسنة والإجماع مطلقاً . وعند الصاحبين إن ضرب الأجل فيما تعورف فهو استصناع ، لأن اللفظ حقيقة فيه فيحفظ على مقتضاه ، وإن ضرب فيما لا يتعارف فيه فهو سلم ، لتعذر جعله استصناعاً ، ويحمل الأجل فيما فيه تعامل على الاستعجال . هذا إذا كانت المدة على سبيل الاستمهال . أما إذا كانت على سبيل الاستعجال بأن استصنع على أن يفرغ عنه غداً أو بعد غد لا يصير سلماً بالإجماع (١) .

مادة (٢١٦) :

« يشترط في جواز الاستصناع بيان جنس العين المستصنعة ونوعها وقدرها وصفتها وأن يكون فيما للناس فيها تعامل » .

(١) مجمع الأنهر ج ٢ ص ١٠٦ .

المذكرة الإيضاحية

يشترط في جواز الاستصناع بيان جنس المستصنع ونوعه وقدره وصفته وأن يكون فيما للناس فيه تعامل ، لأنه مبيع فلا بد وأن يكون معلوما ، والعلم يحصل بهذه الأشياء .

أما ما لا تعامل لهم فيه فلا يجوز ، لأن جواز الاستصناع مع أن القياس يأباه ، يثبت بتعامل الناس فيختص بما لهم فيه تعامل ، ويبقى الأمر فيما وراء ذلك موكولا إلى القياس (١) .

مادة (٢١٧) :

« ثبوت الملك في العين المستصنعة غير لازم في حق المستصنع وله خيار الرؤية ، ولازم في حق الصانع إن رضى به المستصنع ولا خيار له » .

المذكرة الإيضاحية

حكم الاستصناع في حق المستصنع — إذا أتى الصانع بالمستصنع على الصفة المشروطة — ثبوت ملك غير لازم في حقه حق يثبت له

(١) بدائع الصنائع ج ٥ ص ٢٠٩ ، ٢١٠ .

خيار الرؤية إذا رآه إن شاء أخذه وإن شاء تركه ، وفي حق الصانع ثبوت ملك لازم إذا رآه المستصنع ورضى به ولا خيار للصانع .

وهذا جواب ظاهر الرواية ، لأن المستصنع مشتر شيئاً لم يره لأن المعقود عليه وإن كان معدوماً حقيقة لكنه جعل موجوداً شرعاً حتى جاز العقد استحساناً ، ومن اشترى شيئاً لم يره فهو بالخيار إذا رآه ، والصانع بائع شيئاً لم يره فلا خيار له ، ولأن الإلزام حكم العقد في جانب المستصنع إضرار لأن من الجائز أن لا يلائمه المصنوع ولا يرضى به فلو لزمه وهو مطالب بثمنه فيحتاج إلى بيعه من غيره ، ولا يشتري منه بمثل قيمته فيتضرر به ، وليس في الإلزام في جانب الصانع ضرر ، لأنه إن لم يرض به المستصنع يبيعه من غيره بمثل قيمته ، وذلك ميسر عليه وروى عن أبي حنيفة أن ثبوت الملك غير لازم في حق كل منهما حتى يثبت لسكل واحد منهما الخيار لأن في اللزوم إضراراً بهما ، فبالنسبة للصانع فإن في إثبات الخيار للمستصنع إضراراً به لأنه قد أفسد متاعه وفرى جلده وأتى بالمستصنع على الصفة المشروطة ، وأما ضرر المستصنع فلأن الصانع متى لم يصنعه واتفق له . مشتر يبيعه فلا تدفع حاجة المستصنع فيتضرر به ، فوجب أن يثبت لهما الخيار دفعاً للضرر عنهما .

وعن أبي يوسف أن ثبوت الملك لازم في حقهما فلا خيار لأحدهما لأن في إثبات الخيار للمستصنع إضراراً بالصانع ، لأنه قد أفسد عليه متاعه وفرى جلده ، وأتى بالمستصنع على الصفة المشروطة فلو ثبت له الخيار لتضرر به الصانع فيلزم دفعاً للضرر عنه ^(١) .

(١) بدائع الصنائع ج ٥ ص ٢١٠

باب الصرف

مادة (٢١٨) :

الصرف يبيع جنس الأثمان بعضها ببعض .»

المذكرة الإيضاحية

الصرف يطلق على بيع الأثمان بعضها ببعض ، والمراد بالأثمان ما خلق للتمنية ، وفسر بذلك ليدخل فيه يبيع المصوغ بالمصوغ ، أو يبيع المصوغ بالنقد ، فإن المصوغ بسبب ما اتصل به من الصفة لم يبق ثمناً صريحاً ، ولهذا يتعين في العقد ، ويثبت فيه خيار الرؤية والعيب ولا يثبت في النقد ، ومع ذلك فيبيعه صرف لأنه خلق للتمنية وسواء كانت هذه الأثمان من جنس واحد كبيع الذهب بالذهب أو الفضة بالفضة ، أو من جنس مختلف كبيع الذهب بالفضة أو بعكس ذلك (١) .

(١) ابن عابدين ص ٣٢٥ - ٤ ، ومجمع الأنهر ٢ ص ١١٦

« يشترط لبقاء صحة الصرف تقابض البدلين قبل انتهاء مجلس العقد كما يشترط التماثل عند اتحاد الجنس » .

المذكرة الإيضاحية

هذا الشرط شرط بقاء على الصحة لاشترط انعقاد ، والمقصود بالتماثل التساوى وزناً لاعدداً ، والمراد بالتساوى ، التساوى في علم كل من المتعاقدين ، لا بحسب الواقع ، فلو لم يعلما التساوى وكان في الواقع متساوياً ، لم يحجز إلا إذا ظهر التساوى في المجلس .

والمراد بالتقابض أن يكون بالفعل لا بالتخلية كأن يقبضه بيده ، أو يوضع له في كفه أو جيبه ، على أن يكون ذلك قبل افتراق المتعاقدين بأبدانهما ، وهذا يفيد عموم اعتبار المجلس ، ومن ثم قالوا لا يبطل المجلس بما يدل على الإعراض ، ولو سارا فرسخاً ما لم يتفرقا ، واشتراط القبض أفاد أنه لا يجوز الإبراء عن بدل الصرف . ولا هبته أو التصديق به فلو فعل لم يصح بدون قبول الآخر ، فإن قبل انتقض للصرف وإلا لم يصح ولم ينتقض . واشتراط التقابض يخرج خيار الشرط والأجل لأن اشتراطهما يفسد الصرف من الأصل لأنه فساد مقترن بالعقد ولأن خيار الشرط يمتنع به استحقاق القبض ما بقي

الحيار ، لأن استحقاقه مبنى على الملك والحيار يمنعه ، والأجل يمنع كذلك القبض الواجب ، وبإسقاط الشرطين يصح الصرف لزوال المانع ويسقط الشرطان بنقد البدلين فى المجلس .

وإذا لم يتجانس النقدان شرط التقابض لحزمة التأخير ، ولم يشترط التماثل ، فإذا باع النقيدين أحدهما بالآخر بدون معرفة قدر أو بزيادة أحدهما على الآخر كان ذلك صحيحاً .

ولو استقرضا البدلين بأن قال أحدهما للآخر بعتك درهما بدرهم وقبل الآخر ولم يكن عندهما شيء ، ثم استقرض كل منهما درهما من ثالث ، وتقابضا قبل الافتراق صح .

وكذلك لو قال أحدهما بعتك هذا الدرهم بهذا الدرهم ، وأمسك كل منهما درهما قبل التسليم ، ودفع كل منهما درهما آخر قبل الافتراق كان ذلك صحيحاً^(١) .

مادة (٢٢٠) :

« إذا ظهر زيف بعض الثمن فرده ينتقض الصرف

فى المردود ويبقى فى غيره » .

(١) ابن عابدين ص ٤ ج ٣٢٥ — ٣٢٧ ج ٤ ص ٢٤٥ مجمع الأنهر

ج ٢ ص ١١٦ .

المذكرة الإيضاحية

إذا اشترى عشرة دراهم بدينار وتقابضاً ثم وجد فيها ردها زائفاً فإن كانا لم يتفرقا استبدله ، وإن كانا قد تفرقا رده عليه ، وكان شريكاً في الدينار بحصته (١) .

* * *

مادة (٢٢١) :

« يبطل الصرف إذا تصرف أحد المتعاقدين في بدل الصرف قبل قبضه عند قبول الآخر » .

المذكرة الإيضاحية

لا يتصرف في بدل الصرف قبل قبضه بهبة أو صدقة أو بيع حتى لو وهبه البذل أو تصدق به أو أبرأه منه فإن قبل بطل الصرف وإلا لا . فإن البراءة ونحوها سبب الفسخ فلا ينفرد به أحدهما دون الآخر بعد صحة العقد ، وقيد بالتصرف لأن الاستبدال به صحيح . فلو باع

(١) ابن عابدين ج ٤ ص ٣٢٧ .

ديناراً بدرهم واشترى بالدراهم ثوباً قبل قبضها فسد البيع في الثوب والصرف بحاله لأنه لو جاز سقط حق القبض المستحق لله تعالى وهو لا يسقط بإسقاط المتعاقدين ، ولأن الثمن في الصرف مبيع من وجه لعدم الأولوية والتصرف في المبيع قبل القبض لا يجوز والقياس يقتضي جوازه كما نقل عن زفر فالبيع صحيح عنده لأن الثمن في بيعه لم يتبين كونه بدل الصرف لأن النقد لا يتعين (١) .

* * *

مادة (٢٢٢) :

« الجمع بين النقود وغيرها في البيع لا يخرج النقود عن كونها صرفاً بما يقابلها من الثمن » .

المذكرة الإيضاحية

إذا باع سيفاً بمائة وبه حلية قيمتها خمسون وتخلص بلا ضرر ، ونقد من الثمن خمسين فما نقده فهو ثمن الفضة ، سواء سكت ، أو قال خذ هذا من ثمنهما فإن افترقا من غير قبض ، بطل البيع في الحلية ، إن كانت التخلص بلا ضرر ، وإن لم التخلص بطل البيع في الحلية والسيف . لأن حصة الحلية يجب قبضها في المجلس ، ولهذا جعل

(١) ابن عابدين ج ٤ ص ٣٢٧ طبعة أخرى ج ٤ ص ٢٤٦ ، ومجمع الأنهر

ج ٢ ص ١١٧ .

المنقود حصة لما لأن الظاهر من حال المسلم ألا يترك الواجب فيحمل عليه ، وإن لم يبينه أو ينوه .

وإذا قال خذ هذا من ثمنها فالأمر كذلك لأن معنى هذا خذ بعضاً من ثمن مجموعهما ، وثنى الحلية بعض ثمن المجموع فيحمل عليه طلباً للجواز ، أو يكون من قبيل ذكر الاثنين وإرادة الواحد ، لقوله تعالى : « يخرج منهما الأولئ والمرجان » وكذلك إذا قال خذ هذا من ثمن السيف كان عن الحلية ، وجاز للبيع لأن السيف اسم للحلية أيضاً . أما لو قال خذ هذا من ثمن السيف خاصة وقال الآخر « نعم » « أولاً » وتفرقا على ذلك انتقض البيع في الحلية لأنه لا مجال بعد قوله خاصة . لأنه هو المملك فالقول له في بيان جهته .

وإذا افترق المتعاقدان من غير قبض صح البيع في السيف إن كانت الحلية تخلص منه بلا ضرر ، لأنه أمكن إفراده بالبيع ، وإن لم تخلص الحلية إلا بضرر بطل البيع فيهما . أما في الحلية فلا أن حصة الصرف يجب قبضها قبل الافتراق ، وأما في السيف فلتعذر تسليمه بدون الضرر كالجذع في السقف .

والأصل في ذلك أنه متى بيع نقد مع غيره كمفضض ومزركش بنقد من جنسه شرط زيادة العن فلو مثله أو أقل أو جهل بطل . ولو بيع بنقد من غير جنسه شرط التقابض فقط ، ولا يشترط تحقق زيادة الثمن لقوله عليه السلام : « إذا اختلف الجنسان قبيعوا كيف شئتم » (١) .

(١) ابن عابدين ص ٢٢٩ ، ٢٣٠ ج ٤ ، ومجمع الأنهر ص ١١٧ ،

مادة (٢٢٣) :

« إذا باع مصوغاً بجنسه أو بغير جنسه وقبض بعض الثمن ثم انقض المجلس صح البيع فيما قبض وبطل فيما لم يقبض وأصبحا شركاء في المبيع » .

المذكرة الإيضاحية

لم يصح الصرف فيما لم يقبض لأن الفساد لا يشيع في الكل لأنه طارئ بعد صحة العقد في الكل ، وليس لأى منهما الخيار ، لأن عيب الشركة جاء بفعلهما ، وهو الافتراق بلا قبض (١) .

مادة (٢٢٤) :

« إذا استحق بعض بدل الصرف بعد قبض الثمن ، فإن كان لا يضره التبعض أخذ المشتري الباقي بحصته ولا خيار له ، وإن كان يضره التبعض فإن ثبت الاستحقاق بالبينة كان

(١) ابن عابدين ص ٢٤٨ ج ٤ وفتح القدير

المشتري بالخيار بين أخذ ما بقي بحصته من الثمن أو رده ، وإن كان بالإقرار فلا خيار له وأصبحا شركاء في المبيع .

المذكرة الإيضاحية

إذا استحق بعض بدل الصرف بعد قبض كل الثمن ، فإما أن يكون المبيع مما يضره التبعض أو لا يضره فإن كان لا يضره التبعض كالدرهم والدنانير والسبيكة ، فإن المشتري يأخذ الباقي بحصته من الثمن ولا خيار له .

وإن كان يضره التبعض كالمصوغ ، فإن ثبت الاستحقاق بالينة كان المشتري بالخيار بين أخذ ما بقي بحصته من الثمن أو رده . وذلك لأن عيب الاشتراك حدث بغير صنعه لأن الاستحقاق كان موجوداً عند البائع مقارناً للعقد .

أما إذا استحق بعض المصوغ فأقر المشتري بهذا الاستحقاق ، فإن المشتري لا يخير ، لأن الشركة ثبتت بصنعه (١) .

(١) ابن عابدين ج ٤ ص ٣٣٠ ، ٣٣١

مادة (٢٥٥) :

« إذا أجاز المستحق الصرف قبل فسخ الحاكم العقد جاز العقد إذا كان مجلس العقد قائماً ، وكان الثمن للمستحق يأخذه البائع من المشتري ، ويسلمه له . »

المذكرة الإيضاحية

إذا أجاز المستحق الصرف قبل حكم الحاكم بفسخ العقد جاز العقد ، وكان الثمن للمستحق يأخذه البائع من المشتري ويسلمه للمستحق لأن البائع كان فضولياً في بيع ما استحقه المستحق وتوقف على إجازته قبل الفسخ فاذا أجاز نفذ العقد ، وكان الثمن له ، وهذا إذا لم يفترق البائع والمشتري من مجلس العقد قبل الإجازة ، حتى لو افترق العاقدان قبل إجازة المستحق بطل العقد ، وإن فارقه المستحق قبل الإجازة والمتعاقدان باقيان في المجلس صح العقد .

وتعتبر الإجازة اللاحقة كالوكالة السابقة ، فيصير هذا الفضولى بعد الإجازة كأنه كان وكيلًا بالبيع قبلها فإن حصل التقابض بينه وبين المشتري قبل الافتراق نفذ العقد بالإجازة اللاحقة ، وإن افترقا قبل التقابض لا ينفذ العقد بها لأنه لو كان وكيلًا حقيقة قبل العقد يفسد بالافتراق بلا قبض ، فكيف إذا صار وكيلًا بالإجازة اللاحقة

ثم إذا حصل التقابض قبل الافتراق والإجازة ثم أجاز نفذ العقد ، وإن افتراقا
بعد ، أما إذا أجاز قبل الافتراق والتقابض فلا بد من التقابض بعدها
قبل الافتراق لفساد العقد بالافتراق بدون تقابض ، وإن أجاز قبله (١) .

مادة (٢٢٦) :

« إذا اشتملت الصفقة على أجناس مختلفة ، وكان في صرف
الجنس إلى الجنس فساد المبادلة ، صرف كل جنس إلى خلاف
جنسه تصحيحاً لها » .

المذكرة الإيضاحية

إذا باع الدرهمين والدينار بالدينارين والدرهم يصرف فيه كل
جنس إلى غير جنسه تصحيحاً للعقد ، وكذلك يبيع الأحد عشر درهما
بعشرة دراهم ودينار ، تجعل العشرة بمنزلها والدينار بدرهم تصحيحاً
للعقد ، ويبيع الدرهم الصحيح والدرهمين الغلة ، بدرهمين صحيحين ودرهم
غلة صحيح للتساوي في الوزن وسقوط اعتبار الجودة « والدرهم الغلة
ما رده بيت المال ويقبله التجار » وفيه خلاف زفر والأئمة الثلاثة (٢) .

(١) ابن غابدين ص ٢٤٨ ، ٢٤٩ ج ٤ ، ص ٣٣٠ ، ٣٣١ طبعة أخرى .

(٢) ابن هابدين ص ٣٣١ ج ٤ ، ومجمع الأنهر ص ١١٩ ج ٢ .

مادة (٢٢٧) :

إذا بيع النقد بالدين :

(أ) فإن كان الدين سابقاً وأضاف العقد إليه جاز البيع ووقعت المقاصة .

(ب) وإن كان مقارناً ولم يضاف العقد إليه فإن تقابضاً جاز ووقعت المقاصة ، وإن لم يتقابضاً لم تقع إلا بتراضيهما .

(ج) وإن كان الدين لاحقاً قبل الافتراق من المجلس . فإن كان سببه قرضاً أو غصباً وقعت المقاصة ، وإن كان سببه الشراء لم تقع إلا بتراضيهما .

المذكرة الإيضاحية

إذا بيع النقد بالدين فإما أن يكون الدين سابقاً أو مقارناً أو لاحقاً . فإن كان سابقاً وقد أضاف إليه العقد كما إذا كان له على آخر عشرة دراهم فباعه الذي عليه العشرة ديناراً بالعشرة الذي عليه فإنه يجوز بلا خلاف وسقطت العشرة عن ذمة من هو عليه ، لأنه

ملكها بدلا عن الدينار ، وغاية ما فيه أن هذا عقد صرف ، وفي العرف
يشتري قبض أحد العوضين احترازا عن الكالء بالكالء ، ويشترط
قبض الآخر احترازا عن الربا ، وذلك لأن يقبض أحد البديلين حصل
الآمن عن خطر الهلاك ، فلو لم يقبض الآخر كان فيه خطر الهلاك
لأن الدين في معنى التأدي فيلزم الربا . وهذا معدوم فيما نحن فيه
لأن الدينار نقد وبذله وهو العشرة سقط عن بائع الدينار ، حيث
سلم له فلم يبق له خطر الهلاك ، وحاصله أن تعيين أحد البديلين بعد
قبض الآخر للاحتراز عن الربا ولا ربا في دين يسقط وإنما هو
في دين يقع الخطر في عاقبته .

وإن كان مقارنا بأن أطلق العقد ولم يضيف إلى العشرة التي عليه
ودفع الدينار فإما أن يتقابضا أولا ، فإن لم يتقابضا لم تقع المقاصة
ما لم يتقاصا بالإجماع ، وإن تقابضا جاز وقعت المقاصة استحصانا ،
والقياس ينفيه ، وبه قال زفر رحمه الله لأنه استبدل ببدل الصرف
وهو لا يجوز .

وإن كان لاحقا قبل الافتراق بأن اشترى ديناروا بعشرة دراهم
وقبض الدينار ، ثم ان اشترى الدينار باع ثوبا من بائع الدينار
بعشرة دراهم ثم أراد أن يتقاصا ففيه روايتان . تقع المقاصة وقيل
لا تقع (١) .

(١) فتح القدير « العناية » ص ٣٧٩ ، ٣٨٠ ، ٣٨١ ج ٥ .

مادة (٢٢٨) :

« يعتبر في حكم الذهب والفضة ماغلب ذهبه وفضته ولا يعتبر في حكمها ماغلب غشه أوساوى غشه فضته وذهبته .

المذكرة الإيضاحية

إذا خلط الذهب والفضة بمادة أخرى فإما أن يكون الغالب هو الذهب والفضة أو أن يكون الغالب هو المادة المخلوطة أو يتساويان .

وتفصيل ذلك كما يلي :

(١) ما غاب فيه الذهب والفضة : الأصل أن النقود لا تخلو عن قليل الغش خلقة كما في الرديء ، أو عادة كأن يضاف إليها بعض المواد اللازمة للانطباع أو الصياغة حتى لا تنفتت ، فإذا كان كذلك فإنه يعتبر الحكم للغالب لأن المغلوب كالمستهلك فإذا كان الغالب على الدراهم والدنانير الفضة والذهب فهما كالذهب الخالص والفضة الخالصة يعتبر فيهما ما يعتبر في غير المخلوط ، فيحرم التفاضل ، فلا يجوز بيع الخالص منهما بهذه الدراهم المخلوطة ولا يبيع بعضها ببعض ولا الاستقراض بها إلا متساويا في الوزن (١) .

(١) ابن عابدين ص ٢٣٢ ، ٣٣٣ ج ٤

(ب) ما غلب فيه الغش : وإذا كان الغالب في النقود الغش فليسا في حكم الدراهم والذنانير الخالصة اعتبارا للغالب ، فإن اشترى بها فضة خالصة فإن كانت الفضة الخالصة مثل تلك الفضة التي في الدراهم المغشوشة أو أقل أو لا يدرى فالبيع فاسد ، وإن كانت أكثر صح البيع : وحكمها في هذا ما سبق أن نصت عليه المادة الخامسة : وإن بيعت بمجنسها متفاضلا جاز ، صرفا للجنس إلى خلاف الجنس ، وهي في حكم شيئين فضة ونحاس ولكنه صرف حتى يشترط التقابض قبل الافتراق في المجلس لوجود الفضة من الجانبين ، وإذا شرط القبض في الفضة يشترط في النحاس لأنه لا يتميز عنه إلا بضرر .

(ح) المتساوى غشه وقضه وذهبه : يعتبر حكمه في الصرف حكم ما غلب غشه فضته وذهبه . أي أنه إذا بيعت بمجنسها يصرف الجنس إلى خلاف جنسه ، فيجوز للتفاضل : ولكن قال الزيلعي وفي الخانية إن كانت نصفها نحاساً ونصفها فضة لا يجوز التفاضل ، ووجهه أن فضتها لما لم تصر مغلوبة جعلت كأنها كلها فضة في حق الصرف احتياطاً (١) .

مادة (٢٢٩) :

« المعتبر في التعامل بالنقود التي غلب غشها من حيث كونها موزونة أو معدودة ما اعتاده الناس .

(١) ابن عابدين ج ٤ ص ٢٢٢ ، ٢٢٣

المذكرة الإيضاحية

إن كانت الدراهم التي غلب غشها تروج بالوزن كان التبايع والاستقراض فيها بالوزن، وإن كانت تروج بالعد كان التبايع بالعد بهما فبشكل واحد منهما لأن المعتبر هو المعتاد فيهما حيث لا يوجد نص. (١)

مادة (٢٣٠) :

« النقود التي غلب غشها إن راجت كانت أثمانا ، وإن لم ترج كانت سلعة ، وإن قبلها البعض دون البعض كانت كالزبوف يتعلق العقد بجنسها زيفا إن علم البائع بحالها وإن لم يعلم فبجنسها جيدا »

المذكرة الإيضاحية

النقود التي غلب غشها ما دامت تروج تكون أثمانا لا تعين بالتعيين فإذا هلك قبل التسليم لا يبطل العقد بينهما ويجب عليه مثله أو مثلها ، وإن كانت لا تروج فهي سلعة تعين بالتعيين ويبطل العقد

(١) ابن عابدين ج ٤ ص ٢٥١

بإلا كها قبل التسليم وإذا كانت يتقبلها البعض دون البعض فهي كالزيف لا يتعلق العقد بعينها بل بجنسها زيوفا ، ان كان البائع يعلم بحالها لتحقق الرضى منه ، وبجنسها من الجياد ان كان لا يعلم لعدم الرضى منه . (١)

القرض

مادة (٢٣١) :

- (١) القرض عقد يرد على دفع مال مثلي لآخر ليرد مثله .
(ب) ينعقد بلفظ القرض وما يفيد معناه .

المذكرة الإيضاحية

- القرض لغة : ما تعطيه لتقاضاه .
وشرعا : ما تعطيه من مثلي لتقاضاه .
والتعريف المختار في المادة مأخوذ من تعريف « التنوير » .
والمثلي : مالا تفاوت آحاده تفاوتات تختلف به القيمة ، فهو كل

(١) ابن عابدين ج ٤ ص ٢٥١

ما يضمن بالمثل عند الاستهلاك مثل المسكبل والموزون والمعدود .
المتقارب كالجوز والبيض وهو « قيد » خرج به « القيمي »
واللتقييد به « لآخر ليرد مثله » ليخرج به الوديعة والهبة ونحوهما
كالعارية والصدقة ، لأنه يجب رد عين الوديعة والعارية ، ولا يجب
رد شيء في الهبة والصدقة .

فالقرض يصح في المثل ، لا في غيره من القيميات كحيوان ،
وحطب ، وعقار ، وكل متفاوت ، لتعذر رد المثل ، لأن القرض
إعارة ابتداء حتى صح بلفظها معاوضة انتهاء ، لأنه لا يمكن الانتفاع
به إلا باستهلاك عينه ، فيستلزم إيجاب المثل في الذمة ، وهذا لا يتأتى
في غير المثل .

قال في البحر : ولا يجوز في غير المثل ، لأنه لا يجب ديناً
في الذمة .

وينعقد بلفظ القرض وما يفيد معناه كالدين ، وكقوله : أعطني
درهما لأرد عليك مثله ، وفي الهداية أنه يصح بلفظ الإعارة (١) .

مادة (٢٣٢) :

يملك المستقرض القرض بمجرد القبض .

(١) ابن هابدين ج ٤ ص ١٧٩ ، ١٨٠ .

المذكرة الإيضاحية

يملك المستقرض القرض بنفس القبض عند أبي حنيفة ومحمد ، فله رد المثل ، فلو استقرض أردب قمح مثلاً وقبضه ، فله حبسه ورد مثله ، وإن طلب المقرض رد العين ، لأنه خرج عن ملك المقرض ، وثبت له في ذمة المستقرض مثله لاعينه ولو كان قائماً ، وذلك بناء على انعقاده بلفظ القرض .

وعند أبي يوسف لا يملك المستقرض القرض مادام قائماً . وإنما يملكه إذا استهلكه (١) .

مادة (٢٣٣) :

إذا اقترن القرض بشرط يلغو الشرط ، وصح القرض ، ولزم المقرض رد مثل ما قبضه .

المذكرة الإيضاحية

القرض لا يتعلق بالجائز من الشروط ، فالفاسد منها لا يبطله

(١) ابن هابدين ج ٤ ص ١٨١ .

ولكنه يلفو كشرط رد شيء آخر ، فلو استقرض « مثلاً .. الدراهم
المكسورة على أن يؤدي صحيحاً كان باطلاً ، وكذا لو أقرضه طعاماً
بشرط رده في مكان آخر ، وكان عليه مثل ما قبض ، فإن قضاء أجود
بلا شرط جاز .

وفي الخلاصة : القرض بالشرط حرام والشرط لغو ، بأن يقرض
على أن يكتب به إلى بلد كذا ليوفي دينه .

وفي الأشياء : كل قرض جر نفعا حرام . أى إذا كان مشروطاً .

وفي الذخيرة : وإن لم يكن النفع مشروطاً في القرض فعلى قول
الكرخي لا بأس به (١) .

مادة (٢٣٤) :

« لا يلزم تأجيل القرض إن اشترط ذلك في العقد ،
وللمقرض استرداده قبل حلول الأجل .

المذكرة الإيضاحية

قال في الهداية : فان تأجيله لا يصح لأنه إعارة وصلة في الابتداء ،

(١) ابن عابدين ج ٤ ص ١٨٢ .

حتى يصح بلفظ الإجارة ولا يملكه من لا يملك التبرع كالوصى والصبي ،
ومعاوضة في الانتهاء .

فعلى اعتبار الابتداء ، لا يلزم التأجيل فيه كما في الإجارة ، إذ لا جبر
في التبرع .

وعلى اعتبار الانتهاء ، لا يصح ، لأنه يصير بيع الدراهم بالدراهم
نسبته وهو ربا ولا يلزم تأجيل القرض إلا في أربع مسائل :

(أ) إذا كان القرض محدوداً مثل أن يقول المستقرض للعقراض
سراً : لا أقرك حتى تؤجله أو حكم مالكي بلزومه بعد ثبوت أصل
الدين عنده ، فإنه عنده لازم ، وقيد به لأن الأرجح أن حكم الحنفى بخلاف
مذهبه لا ينفذ ، وقيد بكونه بعد ثبوت أصل الدين عنده ، لأنه لو لم يكن
ثابتاً لا يصح حكمه بلزوم تأجيله ، ولأن المحدود لا يتوقف تأجيله
على حكم مالكي .

(ب) إذا أحال المستقرض المقرض على آخر فيؤجل المقرض ذلك
الرجل المحال عليه فيلزم .

(ح) إذا أحال المستقرض المقرض على مديون مؤجل دينه ، لأن
بالحوالة تبرأ ذمة الحيل ، ويثبت بها للمحال (المقرض) دين على المحال
عليه بحكم الحوالة ، فهو في الحقيقة تأجيل دين لا قرض .

(د) الوصية . . كأن يوصى بأن يقرض شخصاً من ماله قدرأ
من المال الى سنة ، فيلزم من ثلثه ، ويساح فيها نظراً للموصى ، أو أوصى
بتأجيل قرضه الذي على فلان سنة فيصح ويلزم .

والحاصل أن تأجيل الدين على ثلاثة أوجه :

١ — باطل : في بدلي صرف وسلم .

٢ — صحيح غير لازم : في قرض وإقالة وشفيع ودين ميت .

٣ — لازم : فيما عدا ذلك ^(١) .

مادة (٢٣٥) :

إذا كان القرض تقوداً ثم بطل التعامل بها ، أو اختلف
سعرها ، فعلى المقرض قيمتها يوم قبضها في بلد القرض .

المذكرة الإيضاحية

إذا استقرض من الفلوس الرائجة والعدلى فكسدت .

قال أبو حنيفة : عليه مثلها لاقيمتها ، لأنه مضمون بمثله فلا عبرة
بغلائه ورخصه .

وقال أبو يوسف : عليه قيمتها يوم القبض (وهو المنصوص عليه
في المادة) .

وقال محمد : عليه قيمتها في آخر يوم رواجها .

(١) ابن هابدين ج ٤ ص ١٧٧ ، ١٧٨ .

فالمصاحبان اتفقا على وجوب رد القيمة دون المثل ، لأنه لما بطل وصف الثمنية بالكساد ، تعذر رد عينها كما قبضها فيجب رد قيمتها .
 لكنهما اختلفا في وقت الضمان ، قال في صرف الفتح : وأصله اختلافهما فيمن غصب مثلياً فانقطع ، فعند أبي يوسف تجب قيمته يوم الغصب ، وعند محمد يوم القضاء .

وقولهما أنظر للمقرض من قول الإمام ، لأن في رد المثل إضرارا به ثم قول أبي يوسف أنظر له أيضاً ، لأن قيمته يوم المقرض أكثر من يوم الانقطاع وهو أيسر أيضاً ، فإن ضبط وقت الانقطاع عسر^(١) .

مادة (٢٣٦) :

إذا انقطع المثلي يجبر المقرض على انتظار تواجده ، إلا إذا تراضيا على القيمة .

المذكرة الإيضاحية

إذا استقرض شيئاً مما هو كيلي أو وزني ثم انقطع عن أيدي الناس قبل أن يرده إلى المقرض .

(١) ابن عابدين ج ٤ ص ١٨٠ .

فعند أبي حنيفة : يجبر المقرض على التأخير إلى إدراك الجديد ،
ليصل إلى عين حقه لأن الانقطاع بمنزلة الهلاك ، ومن مذهبه أن الحق
لا ينقطع عن العين بالهلاك .

وقال أبو يوسف : هذا لا يشبه كساد الفلوس ، لأن هذا مما
يوجد فيجبر المقرض على التأخير .

إلا أن يتراضيا على القيمة لعدم وجوده . وهذا في الوجه كما
لو التقيا في بلد الطعام فيه غال فليس له حبسه ، ويوثق له بكفيل حتى
يعطيه إياه في بلده (١) .



المادة (٢٣٧) :

إذا أقرض صبيّاً محجوراً عليه أو أقرض معنوها شيئاً
فاستهلكه فعليه ضمانه .

المذكرة الإيضاحية

إذا أقرض صبيّاً محجوراً عليه ، فاستهلك الصبي ما أقرضه .

فعند أبي حنيفة ومحمد لا يضمن .

(١) ابن طابرين ج ٤ ص ١٨١ .

وقال أبو يوسف عليه الضمان وهو الصحيح .

وقيد « بالمحجور » لأنه لو كان مأذوناً فهو كالبالغ ، وقيد « بالاستهلاك » لأنه لو بقيت العين ، للمالك أن يسترده ، ولو تلف بنفسه لا يضمن اتفاقاً (جامع الفصولين) ويأخذ البيع وللوديعة حكم الاستهلاك .

وحكم المعتوه في هذا حكم الصبي المحجور عليه (١) .

مادة (٢٣٨) :

« يصح التوكيل بقبض القرض دون الاستقراض ،
وتصح الرسالة فيهما .

المذكرة الإيضاحية

في جامع الفصولين : بعث رجلاً ليستقرضه ، فأقرضه ، فضاع في يده ، فلو قال : أقرض المرسل ضمن مرسله ، ولو قال : أقرضني للمرسل ضمن رسوله .

(١) ابن عابدين ج ٤ ص ١٨٢ .

والحاصل : أن التوكيل بالإقراض جائز لا بالاستقراض ، والرسالة بالاستقراض تجوز .

ولو أخرج وكيل الاستقراض كلامه مخرج الرسالة يقع القرض للآمر ، ولو مخرج الوكالة ، بأن أضاف إلى نفسه ، يقع للوكيل ، وله منعه عن أمره .

وقالوا : إنما لم يصح التوكيل بالاستقراض ، لأنه توكيل بالنكدي (بالشحاذة) وهو لا يصح (١) .

مادة (٢٣٩) :

يصح استقراض الممدود أو الموزون أو المكبل حسب ما جرى به العرف عداً أو وزناً أو كيلاً .

المذكرة الإيضاحية

البيض والجوز والكاغد يصح استقراضه عداً ، واللحم وزناً .
ويستقرض الحبز وزناً وعدداً عند محمد ، وعليه الفتوى (ابن ملك)
واستحسنه الكمال ، واختاره المصنف تيسيراً للناس ، وفي التتارخانية ،

(١) ابن عابدين ج ٤ ص ١٨٣

قال أبو حنيفة : لا يجوز قرضه ولا استقراضه لاعدداً ولا وزناً
وفي رواية عن أبي يوسف مثله ، وقوله المعروف : أنه لا بأس به ،
وعليه أفعال الناس جارية ، والفتوى على قول محمد . اهـ
ونقل في الهندية عن الحائنة والظهيرية والسكافي : أن الفتوى
على جواز استقراضه وزناً لاعدداً ، وهو قول أبي يوسف .
ويستقرض العجيز وزناً وهو المختار (مختار الفناوى) واحترز
بالوزن عن المجازفة فلا يجوز (بحر . ط)
وينبئ جواز الاستقراض في الحميرة بلا وزن . سئل رسول الله
صلى الله عليه وسلم ، عن خميرة يتعاطاها للجيران ، أ يكون ربا ؟
فقال ما رآه المسلمون حسناً فهو عند الله حسن ، وما رآه المسلمون
قيحاً ، فهو عند الله قبيح (١) .

تصويب خطأ مشروع تقنين المذهب الحنفي

الصفحة	السطر	الخطأ	الصواب
١٧	٢٠	هذه	هذا
١٨	١	هائل	عام
٤٧	٩	اليمين	اليمين
٥١	٢	المواد	المراد
٥٥	١٠	الباني	الثاني
٦٧	١٥	للخوار	للجوار
٦٩	١٥	بشيء	بشيء
٧٣	١٠	المنلي	المنلي
٨١	١٦	للنبي	النبي
١٠٠	١٠	الاحازة	لإجاره
١٠٢	١١	موزرنا	موزونا
١٠٣	١	عننا	عننا
١٠٣	٤	زرعه	ذروه
١٠٤	١٢	ما يلتحق بأصل بالمقد	ما يلتحق بأصل العقد
١٠٥	١٦	العقد	العقد
١١٢	١٨	الثمان	الثمان
١١٣	١٤	غضب	غضب
١١٦	٦	للمشترى	المشترى
١١٨	٣	البائع	للبائع
١١٨	٦	إذا جاز	إذا أجاز
١٣٣	٦	الفين	الفين
١٦٤	٣	فالمشترى	فالمشترى
١٦٥	٢	مرجع	يرجع
١٦٥	٩	فر كهما	فر كها
١٦٦	٥	بالقلة	بالقلة

الصفحة	السطر	الخطأ	الصواب
١٦٦	١٤	وحدة	وحده
١٦٩	١	وجدوا	وجد
١٧٠	١٢	فإذ اتهم	فإذ اتهم
١٧١	٩	بر له	بحال
١٧٣	١١	مشرية	بمشرية
١٧٤	١٠	اشترأ	اشترأ
١٧٦	٧	النتاج لحد لدابة به مثلاً	النتاج لدابة مثلاً
١٧٦	٨	د بيع	بيع
١٨٢	١	لغنا	لغن
١٩٠	٨	يكون مال	يكون مالا
١٩١	١١	م مطلا	مماطلا
٢٠٣	١	السامان	السامحاني
٢١٦	٧	قبضه	قبضه
٢١٩	٦	الفضولين	الفصولين
٢٢٥	٢٥	لم يحزن	لم يحزن
٢٣٤	٩	وإن لم يعلمه	وإن لم يعلمه
٢٣٨	١٤	ولذر المختار	والذر المختار
	حاشية		
٢٤٠	٢	المنباء	المنباء
٢٤٧	٢	المنفل	المنقول
٢٥٤	١٢	للجزء	للجزء
٢٥٧	٥	عما	فيما
٢٥٧	٦	تقابل	تقابل
٢٦٨	٢	الغبون	المغبون
٢٧٠	٢	الاحرار	الاحترار
٢٧١	٧	المنع	الملح
٢٧٤	٧	حسنا	حسن
٣٠٦	٤	الهلل	الهلاك

فهرس

مشروع تقنين المذهب الحنفي

الصفحة	الموضوع
٥	مقدمة الأمانة العامة للمجمع
١٦	مشروع تقنين أحكام المعاملات على مذهب الإمام الأعظم
١٦	أبي حنيفة (رضى الله عنه)
١٧	مقدمة اللجنة التي أعدت المشروع
١٩	أعضاء اللجان الذين اشتركوا في إعداد مشروع التقنين
٢١	المراجع التي اعتمدت عليها اللجنة
٢٣	القواعد العامة
٣٥	الاصطلاحات الفقهية المتعلقة بالبيع
٣٩	باب البيع : تعريفه
٤٠	ركن البيع
٤٩	شروط انعقاد البيع
٥٢	البيع النافذ
٥٥	البيع اللازم
٥٦	حكم البيع
٥٧	بيع المكره
٥٩	بيع المأزول
٦٠	التمن

الصفحة	الموضوع
١٣٢	خيار التعيين
١٣٦	خيار فوات الوصف
١٣٨	خيار الرؤية
١٥٠	خيار العيب
١٧٥	البيع الباطل
١٩٠	البيع الفاسد
٢١١	حكم البيع الفاسد
٢١٩	البيع المكروه
٢٢٤	البيع الموقوف
٢٤١	الإقالة
٢٥٩	المراجعة والتولية
٢٦٩	باب الربا
٢٦٨	باب السلم
٢٩٠	الاستصناع
٢٩٥	باب الصرف
٣١٠	القرض

مطابع
الشركة المصرية للطباعة والنشر
بالقاهرة

رقم الايداع بدار الكتب ١٩٧٢/٣٦٧٢